



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CAROLINE SOARES MONTEIRO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA “BARRIGA DE
ALUGUEL”
SOB A LUZ DA BIOÉTICA.**

Brasília
2011

CAROLINE SOARES MONTEIRO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA “BARRIGA DE
ALUGUEL”
SOB A LUZ DA BIOÉTICA.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
no Centro universitário de Brasília – Uni-
CEUB.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho.

Brasília
2011

AGRADECIMENTO

“E graças a Deus, que sempre nos faz triunfar em Cristo, e por meio de nós manifesta em todo o lugar a fragrância do seu conhecimento.”
2 Coríntios 2:14.

Neste momento de alegria, no qual celebro o final de uma longa etapa, aproveito para prestar uma justa e sincera homenagem ao Deus do céu, que me deu força e sabedoria para administrar meu tempo e concluir variadas atividades ao mesmo tempo.

Oh Deus, o que seria de mim sem o teu cuidado?

A esta vitória o meu reconhecimento a ti Senhor, pois só o Senhor é digno de honra, glória e todo o meu louvor.
Senhor, obrigada pelo fim de mais essa etapa.

RESUMO

MONTEIRO, Caroline Soares. Reprodução Humana Assistida “Barriga de aluguel” – sob a luz da bioética. 2011. 59 f. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2011.

Monografia sobre a problemática da evolução científica no que tange a **Reprodução Humana Assistida**, à técnica de fertilização *in vitro*, o aluguel de útero, como forma de nova procriação para casais estéreis, sob a ótica dos princípios e aspectos bioéticos. A **bioética** trata nos seus princípios basilares, ou seja, os mais relevantes, no qual poderá ser compreendida através da abordagem dos três elementos que constituem a denominada *trindade bioética*, que foi enunciada através de reflexão histórica embasada nos valores de proteção da vida humana e do meio ambiente. A compreensão da conduta humana é, sobretudo, dirigida aos pesquisadores da ciência. A trindade são os princípios basilares da bioética: a *beneficência*; *autonomia*; e a *justiça*, princípios esses que tem como seus protagonistas médicos, pacientes e a sociedade. Diante dos princípios basilares da bioética que conduzem alguns aspectos que desafiam o tema “**Barriga de Aluguel**”, no qual envolvem a medicina, a ética/moral, a psicologia, e os aspectos jurídicos diante de aprovações e reprovações, trazendo assim, uma lacuna jurídica, sem uma regulamentação normatizada. Dessa forma a técnica tem sido feita por muitas mulheres que banalizam a evolução científica, utilizando do útero alugado em prol de um benefício financeiro, deixando de ser um benefício para casais estéreis, assim derribando a ética e a moral da ciência.

Palavras chaves: Bioética; Reprodução Humana Assistida; Barriga de aluguel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O QUE É BIOÉTICA?	8
1.1 Conceito	8
1.2 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS	10
1.2.1 <i>Princípio do Duplo Efeito</i>	10
1.2.2 <i>Os Princípios Fundamentais: A TRINDADE</i>	11
1.2.3 <i>Princípio da Beneficência</i>	12
1.2.4 <i>Princípio da Autonomia</i>	13
1.2.5 <i>Princípio da Justiça</i>	14
1.2.6 <i>Princípio da Qualidade de Vida</i>	14
1.2.7 <i>Princípio da Alteridade</i>	16
1.3 Razões para Bioética	16
1.4 Problemas da Bioética	18
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	22
2.1 Desenvolvimento histórico	22
2.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida	26
2.2.1 <i>Inseminação Artificial Homóloga</i>	28
2.2.2 <i>Inseminação Artificial Heteróloga</i>	29
2.3 O que é “Barriga de Aluguel”	31
2.3.1 <i>A remuneração da “barriga de aluguel”</i>	33
2.3.2 <i>A “barriga de aluguel” e o Direito</i>	35
3 A “BARRIGA DE ALUGUEL” E SEUS DESAFIOS BIOÉTICOS	37
3.1 Desafio ao Aspecto Médico	37
3.2 Desafio ao Aspecto Moral e Ético	40
3.3 Desafio ao Aspecto Psicológico	42
3.4 Desafio ao Aspecto Jurídico	44
3.4.1 <i>A Única Regulamentação</i>	45
3.4.2 <i>A Lacuna Jurídica</i>	47
3.4.3 <i>Conseqüências no mundo jurídico</i>	50
3.4.4 <i>Contratando a “Barriga de aluguel”</i>	54
3.4.5 <i>Decisões Judiciais quanto à “Barriga de Aluguel”</i>	55
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos a maternidade sempre foi vista pela humanidade como o início de um novo ciclo, e com isso as mulheres desenvolveram o desejo de ser mãe consagrando de uma forma concreta o papel feminino na sociedade.

Esse desejo está intimamente refletido na história da humanidade, que sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade.

Desde as épocas mais remotas aos tempos mais modernos, a esterilidade foi tida como fator negativo perante a sociedade, ora atribuído como motivo de degradação no grupo familiar e social, ora tido como maldição.

Algumas mulheres hoje, em tempos mais modernos e com a evolução da ciência, inúmeras delas, decidiram se submeter às técnicas de Reprodução Assistida, na busca da cura de sua esterilidade, para enfim, realizar seu desejo, a maternidade.

Com a evolução da medicina e da ciência, cientistas e clínicos do mundo inteiro trabalham sem cessar com um único objetivo: possibilitar para casais estéreis, com as técnicas científicas frente à natureza a vitória de reprodução humana.

Dentre as técnicas de Reprodução Humana Assistida, a que ganha relevância no presente trabalho científico, é a fertilização *in vitro*, ou seja, o uso de material genético de um terceiro, nesse caso, a mãe substituta, ou popularmente conhecida como “barriga de aluguel”.

O estudo da “barriga de aluguel” envolve vários aspectos, em um ponto específico à luz da bioética, no qual abrange aspectos éticos, morais, psicológicos e jurídicos. Todos esses aspectos envolvendo princípios éticos e bioéticos, nesse sentido científico formulados no Conselho Federal de Medicina.

Diante da proporção em que os avanços das técnicas de Reprodução Humana Assistida aceleram, há uma tendência da sociedade a resistir moralmente a certos procedimentos, cumprindo à ética e à bioética examinar e condenar nas suas limitações tais práticas.

O presente estudo irá abordar todos os aspectos bioéticos no que tange aos desafios da “barriga de aluguel”, principalmente no que concerne a moral, a ética, a psicologia e o jurídico. A par dessas considerações iremos solucionar e entender eticamente e moralmente os conflitos que a “barriga de aluguel” pode acarretar para a sociedade, visando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

O estudo da bioética na Reprodução Humana Assistida , especificamente a “barriga de aluguel” tende a enfrentar alguns desafios que envolvem os princípios bioéticos e alguns aspectos já citados.

O presente estudo acadêmico foi dividido em três capítulos: O Capítulo I irá tentar explicar o que é a Bioética, indicando os princípios bioéticos e como ela se encontra na vida da sociedade humana nos termos éticos e morais. Logo podendo entender, desde então, que hoje, o termo “bioética” tem um impacto tecnológico na vida e na saúde humana. E nesse sentido, no primeiro capítulo traz um repertório de idéias, não somente a uma introdução à bioética, mas o objetivo de alcançar procedimentos consensuais para formular e analisar os dilemas que a pesquisa médica e biológica moderna suscitam, nos quais se apresenta, muitas vezes, sob a forma de tensões entre deveres contraditórios ou aparentemente contraditórios.

O Capítulo II é a explicação da Reprodução Humana Assistida, para um melhor entendimento no aspecto da procriação artificial humana, com mais ênfase no procedimento da “barriga de aluguel”. Diante disso há um desenvolvimento de progressos recentes e espetaculares na medicina e, em particular da biotecnologia, tornando realidade o sonho de milhões de pessoas estéreis, na busca de se ter um filho, que contribui à transformação da família tradicional e atinge a noção da concepção humana. Nesse capítulo há de demonstrar também que a Reprodução Humana Assistida suscita questões muito controversas que mexem com preconceitos e afetam diretamente as mulheres. Essa área de grande expansão na pesquisa científica, maior parte tem sido feita em mulheres, no que tange a “barriga de aluguel”, a título de um “tratamento” ou uma solução para procriação, pois é uma área de tratamentos contra a infertilidade, que mobiliza questões como preocupações éticas, vista no Capítulo III.

No capítulo III serão expostos conflitos Bioéticos, dos quais abordam aspectos que envolvem os princípios bioéticos estudados no capítulo I, demonstrando a intervenção dos aspectos bioéticos na problemática da “barriga de aluguel”, aspectos esses:

Médicos, Morais, Éticos, Psicológicos e Jurídicos. Dentre eles abre-se um leque de questões que a bioética juntamente com o Direito, tenta responder. Questões como: No conflito, o médico tem alguma parcela de culpa ou de responsabilidade? A “barriga de aluguel” é imoral em que sentido? A ética estaria presente em que sentido? Quais conseqüências psicológicas que podem trazer esse procedimento? E mais, no aspecto jurídico, quando há litígio na disputa de uma criança gerada pelo procedimento da “barriga de aluguel”, como é solucionada, e nesse sentido, há alguma solução de conflito que possa ser regulamentada?

Ademais, há de se discutir o conflito de valores em cada aspecto, que estão inerentes ao próprio ser humano e à sociedade em face da evolução do processo tecnológico, no qual provoca profundas preocupações no campo ético, jurídico e moral

1 O QUE É BIOÉTICA?

1.1 Conceito

A palavra *bioética* significa, literalmente, ética a vida. Uma de suas características mais problemáticas e interessantes é o caráter interdisciplinar.¹

Observando a palavra *Bioética*, a parte inicial da palavra: *bio*. O próprio termo diz: *bio* = vida, portanto, pertence a essa área o estudo dos problemas que surgem das várias disciplinas específicas, por exemplo, ciência da vida, psicologia, engenharia biomédica e genética. Desejando ter uma compreensão das questões mesmo em nível introdutório, devendo examinar a gama de dados fornecidos pelas ciências físicas e naturais. Dessa forma, terá que julgar novos procedimentos e linhas de ação, bem como aplicações de técnicas experimentais ou controversas.²

A ética, segunda parte da palavra bioética, é tomada com igual seriedade. Essa palavra ética pode ser entendida em sentido muito estreito, com modelos a serem seguidos por todos. Como a repressão cometida em nome da moral, a ética é um procedimento já visto por todos ao longo de suas vidas. Porém, de outro lado, a palavra ética é basicamente uma avaliação das várias exigências ou afirmações de direitos. É uma tentativa para determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Em um contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos.³

A bioética, em virtude de diversos fatores, entre os quais destacamos primeiramente os de ordem científico-tecnológica, bem como o desenvolvimento da ciência, em particular os avanços da física e da biologia, conduzem inúmeras realizações tão extraordinárias e a desenvolvimentos tão acelerados que geram no homem a idéia de ausência de limites. E com isso, a ficção torna-se realidade e ao homem parece nada ser impossível. Os únicos limites apontados à ciência são o que ela própria encerra, decorrentes de

¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética.*, São Paulo. Layola 1991.p.13.

² Ibidem. p.13

³ Ibidem. p.14.

conhecimentos ainda não plenamente desenvolvidos e de capacidades ainda não totalmente dominadas.⁴

Nos dias de hoje, com esses numerosos avanços tecnológicos no campo da biomedicina, há uma grande discussão acerca da bioética, no que faz o termo *Bioética* se originar à proposta do biólogo e oncologista Van Rensselaer, da Universidade de Wisconsin, Madison – EUA, no ano de 1970, popularizando-se.⁵

O biólogo Van Rensselaer entendeu a bioética como o estudo do equilíbrio entre a tecnológica biomédica e a preservação do homem, isto é, o estudo do respeito à pessoa humana em uma perspectiva ecológica.⁶

Já no entendimento de Aline Mignon de Almeida sob a bioética:

“[...] é um ramo da ética que, juntamente com outras disciplinas, discute a conduta humana nas áreas relacionadas com a vida e a saúde perante os valores e princípios morais.”⁷

A bioética é um ramo da ética, pois avalia os prós e contras de uma determinada conduta, levando em conta os princípios e os valores morais existentes na sociedade. E quando outras disciplinas são mencionadas, entende-se que a Bioética depende da continuação de matérias como a filosofia, a medicina, a sociologia, o direito, entre outras, que darão subsídios, através de conceitos, definições, análise de comportamentos sociais para que o caso concreto possa ser estudado pela Bioética.⁸

Podemos dizer que a Bioética representa um estudo da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços das pesquisas biomédicas e tecnológicas. Com isso, resente-se, no entanto, de um aprofundamento reflexivo, no que se refere à amplitude do termo, definições e conceitos.⁹

A Bioética trata de questões complexas relacionadas à ética prática. Pode ser compreendida, de forma bastante introdutória, como um estudo sistemático da conduta

⁴ ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD; Walter. RENAUD. Michel. *Novos desafios à Bioética*. Porto, 2001. p. 21

⁵ FABRIZ, Dauri Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte. Mandamentos, 2003. p.73

⁶ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumens Juris. 2001. P. 01.

⁷ Ibidem p. 06

⁸ Ibidem. p. 07.

⁹ FABRIZ, Dauri Cesar. *ob.cit.* p.75

humana na área das ciências da vida e da morte, dos cuidados da saúde e da qualidade de vida, envolvendo humanos e não humanos.¹⁰

E do ponto de vista dos fatos, a bioética vincula-se tanto ao progresso das ciências biológicas e biomédicas, que alteram os processos da medicina tradicional, quanto as tensões morais que redefinem a forma de pensar e compreender as práticas e ações humanas.¹¹

Dessa forma, a bioética busca entender o significado e o alcance das novas descobertas criando regras que possibilitem o melhor uso dessas novas tecnologias, entretanto, estas regras não possuem coerção. Surge então o Direito, tentando buscar a normatização e a regulamentação das condutas dos indivíduos na sociedade, um conjunto de normas impostas coercitivamente pelo Estado com o objetivo de regular a conduta entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado.¹²

Há uma necessidade de reflexão, a qual se daria tanto no âmbito da ética quanto do, direito justamente para enfrentar essas novas questões e prevenir os conflitos que, inexoravelmente, surgirão frente ao impulso de tentar, cada vez mais, provar o domínio do homem sobre as forças da natureza.¹³

1.2 PRINCÍPIOS BIOÉTCOS

Em algumas situações embaraçosas que acontecem frequentemente na prática médica, os princípios bioéticos estão sempre ligados à vida e à saúde dos seres vivos, princípios esses como:

1.2.1 *Princípio do Duplo Efeito*

Para o aprofundamento da questão agônica que traz os parágrafos anteriores, para lidar com o dilema de como devemos lidar com o bem e tolerar o mal, o princípio do duplo efeito foi formulado, no qual se permite realizar a ação boa que tem consequências más, desde que as condições sejam respeitadas, tais como:

- A ação em si mesma não deve ser nociva. Isto simplesmente reafirma o princípio da moral fundamental de que nunca devemos

¹⁰ BUGLIONE, Samantha. *Direito, Ética e Bioética*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010. p. 15

¹¹ *Ibidem* p. 14

¹² ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumens Juris. 2001. p. 04

¹³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. São Paulo. Renovar. 2003. p. 150.

fazer o mal. Justamente porque o ato pode também causar conseqüências boas nem por isso é justificado.

- O mal não pode ser o meio para produzir um efeito bom. De novo, este é o princípio da moral tradicional: o fim não justifica os meios. Estamos proibidos de roubar, mesmo se requeremos dinheiro para educar nossos filhos. O fim, o objetivo é bom, mas os meios para obtê-lo são errados.
- O efeito danoso não é desejado, mas simplesmente permitido ou tolerado. O que isso significa é que nossa intenção primeira é atingir o efeito bom. Podemos prever um efeito indesejável, mas procuramos, somente e permitimos. A distinção é sutil e pode ser vista como meramente verbal, mas é importante. Esta dimensão do princípio está dizendo que podemos fazer o que é bom, mesmo acontecendo que alguma conseqüência indesejável coincida ou siga posteriormente nossa ação em se fazer o bem maior que o mal.
- Deve existir uma razão proporcional para executar a ação apesar das conseqüências que ela traz. Quando colocado na balança, o bem deve ser bem maior que o mal. Esta avaliação dos efeitos e valores abre um grande leque de problemas e dilemas. Algumas vezes a avaliação da proporcionalidade dos efeitos é muito complicada, mas deve ser feita se requeremos proceder com integridade.¹⁴

1.2.2 Os Princípios Fundamentais: A TRINDADE

Deve existir uma razão proporcional para executar a ação apesar das conseqüências que ela traz. Quando colocado na balança, o bem “Bioética”, com efeito, possui princípios básicos, no qual poderá ser compreendida através da abordagem dos três elementos que constituem a denominada *trindade bioética*, que foi enunciada através de reflexão histórica embasada nos valores de proteção da vida humana e do meio ambiente. A

¹⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. São Paulo. Renovar. 2003. p. 159.

compreensão da conduta humana é, sobretudo, dirigida aos pesquisadores da ciência, observando-se que seu interesse é de caráter universal.¹⁵

A trindade são os princípios basilares da bioética: a *beneficência*; *autonomia*; e a *justiça*, princípios esses que tem como seus protagonistas médicos, pacientes e a sociedade.¹⁶

1.2.3 Princípio da Beneficência

O princípio da beneficência ou não- maleficência é aquele baseado na obrigatoriedade do profissional da saúde (médico) de promover, em primeiro lugar, o bem – estar do paciente, tendo a função de “fazer o bem”, passar confiança e evitar danos, tratamentos inúteis e desnecessários.¹⁷

Esse princípio no qual implica “fazer o bem”, é considerado o critério mais antigo da ética médica, enunciado no princípio hipocrático da medicina, a qual aborda a questão da avaliação do risco/benefício, na utilização de determinado procedimento médico, em cada caso particular.¹⁸ O médico deve sempre fazer uma avaliação do procedimento usado no paciente, para que este não sofra desnecessariamente sem obter resultados, ou seja, na sua avaliação os benefícios têm que superar os riscos, assim como os sofrimentos, para valerem a pena. O médico deve informar acerca dos riscos e benefícios, além de dar sua opinião sobre o caso, mas a decisão final caberá ao paciente interessado.

A ponderação entre os riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos.¹⁹

Já o princípio da não – eficiência significa que jamais se deve praticar algum mal ao paciente. É a garantia de que danos previsíveis serão evitados, ou seja, porque nem sempre o que é melhor na visão do médico o será na visão do paciente. Como resolver esse impasse?²⁰

Aline Mignon Almeida entende que no caso do princípio da não- eficiência:

¹⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo. Loyola. 1991.p.19.

¹⁶ Ibidem .p. 20.

¹⁷ Ibidem. p. 21.

¹⁸ Ibidem, p. 21.

¹⁹ Ibidem, p. 22.

²⁰ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito..* São Paulo. Edicamp. 2006. p. 62

“[...] ao médico cabe tentar convencer o paciente do contrário e, mesmo que a cura para a doença seja certa, o médico não pode aplicar a terapêutica contra a vontade do paciente, somente poderá compeli-lo a aceitar o tratamento caso a doença seja contagiosa, colocando em risco a saúde da população. Em ultimo caso, se o tratamento for apenas uma tentativa com alguma probabilidade de dar certo, ou um tratamento para prolongar a vida, o paciente, poderá vir a se recusar .”²¹

Como diz Sgreccia:

“O princípio da beneficência representa ao mais que o hipocrático *primum non nocere*, ou seja, o princípio do não maléfico, pois não comporta somente abster-se de prejudicar, mas implica, sobretudo, o imperativo de promover a beneficência”.²²

Porém este princípio é muito relevante em questões como aborto, transplantes de órgãos, eutanásia, e experimentações com seres humanos.

1.2.4 Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia diz respeito à liberdade individual, ou seja, considera-se que a própria pessoa sabe o que é melhor para si, mas a decisão deve ser tomada com plena consciência. Havendo uma troca de informações entre o profissional e o paciente, de modo que o primeiro tem que colocar à disposição do segundo todas as informações possíveis e tratamentos disponíveis, devendo também responder a toda e qualquer dúvida que porventura possa surgir para o paciente.²³

Esse princípio explica que o ser humano (paciente) tem o direito de ser responsável por seus atos, de exercer seu direito de escolha (autodeterminação), respeitando sua vontade, valores e crenças, reconhecendo seu domínio pela própria vida e o respeito a sua intimidade.²⁴

Todavia, o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, ou seja, no gozo pleno de seus direitos deve o paciente decidir o que é melhor para si e buscar a concordância do seu médico.²⁵

O princípio da autonomia está ligado diretamente ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado, em outras palavras, o indivíduo tem

²¹ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumens Juris. 2001. p. 07.

²² SPGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo. Layola. 1996. p. 167.

²³ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. *op.cit.*, p. 08.

²⁴ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2006. p. 67.

²⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. São Paulo. Renovar 2003. p. 159.

a liberdade para fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente.²⁶

1.2.5 *Princípio da Justiça*

O princípio da Justiça é o princípio que garante a todos a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios da ciência, oferecida amplamente pelos serviços de saúde.²⁷

Com o princípio da justiça temos a sociedade que deve exigir equidade na distribuição de bens e benefícios. Esse princípio impõe que, inobstante suas diferenças, as pessoas sejam tratadas de forma igualitária no exercício da medicina e nos resultados das pesquisas científicas.²⁸

Aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária.²⁹

Ao determinar a relação ideal entre o exercício da autonomia e a ordem social jurídica, ou, então, em que media o princípio da autonomia, servirá para aproximar a ordem jurídica do sistema expresso no imperativo Kantiano. O autor afirma que o agente moral, deixa de ser exclusivamente a fonte dos valores morais e adquire um valor em si mesmo, o desenvolvimento da idéia de autonomia, que se torna um valor ético, em si mesma, deixando de ser uma simples condição fundamental para a ação ética.

1.2.6 *Princípio da Qualidade de Vida*

Entre os princípios basilares, ou seja, a trindade da bioética, há outros princípios encontrados de grande importância para bioética, como o *princípio da qualidade de vida*, que informa que viver só tem sentido se a pessoa possui capacidade de viver autonomamente e com dignidade. Logo, é lícito que alguém decida-se por não continuar vivendo se não pode mais ter uma vida plena, ou decidir interromper, os meios artificiais, de

²⁶ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumens Juris 2001. p. 07.

²⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. São Paulo. Renovar 2003. p. 159.

²⁸ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2006. p. 67.

²⁹ ALMEIDA, Aline Mignon. Ob. Cit. p. 09.

prolongamento da vida se eles não forem capazes de devolver –lhe a possibilidade de viver dignamente.³⁰

Esse termo qualidade de vida é utilizado como ponto de encontro de opiniões opostas em questões relacionadas ao começo e fim da vida. Uma análise cuidadosa dos conceitos e da problemática que está por detrás do cuidado dos pacientes terminais, pode ajudar a clarificar um pouco ambigüidade deste debate.³¹

Há outro termo utilizado nesse principio, a sacralidade de vida, que tem sido interpretado para significar que toda pessoa, independente do estado de saúde, tem valor, que não deve ser usada como meio e sim tratada com dignidade. Este valor depende da transcendência de Deus, uma dimensão espiritual interior, ou da dinâmica da personalidade que transcende cada pessoa.³²

A conclusão que se dá a qualidade de vida de uma pessoa é sinônima de vida plena, fisiológica, psicológica ou emocional. Alguém é respeitado como pessoa independentemente do grau com que esse alguém desempenha tais funções. Contudo o nível com que a pessoa consegue desenvolver estas funções desempenha um papel importante no processo de se tomar decisões médicas. Negligenciar completamente tais fatores é ser vitalista, usando tecnologias de medicina como um mecânico, antes que como médico. O aspecto central da decisão é o benefício do paciente, o que inclui a habilidade de o paciente atingir determinados objetivos da vida. A qualidade de vida do paciente, como ela se manifesta em realizar seus objetivos, é central para decidir ética e clinicamente. Qualidade e sacralidade de vida não são opostas, elas tornam-se tais em argumentações simplistas. O que é crucial é que as decisões sejam ponderadas nos princípios básicos da justiça. Talvez não seja tanto a qualidade e sacralidade que causem conflitos nestas decisões, mas sim a falta de razão e justiça.³³

O principio da sacralidade da vida humana, o qual atribui valor e respeito à vida, não deixa de ser evocado como um fundamento basilar do pensamento bioético.³⁴

³⁰ ALMEIDA, Aline Migon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p. 11.

³¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética...*, São Paulo. Layola 1991.p.24.

³² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. *Op.cit.*. p. 25.

³³ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo. Layola 6ª Ed. 2002.p.24.

³⁴ *Ibidem* p. 26.

1.2.7 Princípio da Alteridade

Esse princípio considera a pessoa como o fundamento de toda a reflexão da bioética, também é um fundamento basilar do pensamento bioético.³⁵

O princípio da alteridade significa o respeito pela outra pessoa, colocar-se no lugar da outra pessoa. Não significa abrir mão da moralidade pessoal, trata-se de entender e respeitar a pluralidade, aprender a conviver em harmonia com as diferenças e divergências, ou seja, de buscar o consenso e, um mundo plural. Isso está relacionado com o respeito a outro ponto de vida a partir de um determinado lugar no qual ela se encontra.³⁶

Outro princípio que será de curta explicação, é o princípio da totalidade, no qual em toda e qualquer ação terapêutica deve-se levar em conta o ser humano integral, que a parte só tem razão de existir em função do todo, mas é legítimo “sacrificar” um efeito, que preconiza ser às vezes necessário realizar uma boa ação, mesmo quando envolve riscos que não levem à morte.³⁷

Todos esses princípios mencionados e exemplificados acima derivam dos princípios basilares, ou seja, a trindade, que são os principais que devem nortear o pensamento bioético.

Os princípios como autonomia, não- maleficência, beneficência e justiça, tornam-se pilares dessa teoria que acaba por se construir como uma disciplina autônoma tanto na filosofia, quanto na medicina e em outros campos do saber, a exemplo o direito. O que originalmente tinha na saúde seu principal referencial de atuação hoje trabalha questionando em que medida princípios como o respeito à igualdade, não subordinação e preservação da autonomia são efetivamente respeitados.³⁸

1.3 Razões para Bioética

Em 1945 o desenvolvimento da técnica permitiu a explosão das primeiras bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki. Com isso, as conhecidas promessas de modernidade, como a de uma ciência como expressão do bem, eram questionadas, eis a que técnica se mostrava capaz de destruir a própria espécie e o planeta. Logo em 1946, o

³⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo. Loyola 6ª Ed. 2002.p.26.

³⁶ ALMEIDA, Aline Migon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris 2000. p. 11.

³⁷ *Ibidem*. p. 12

³⁸ *Ibidem*. p. 12.

Julgamento de Nuremberg, um tribunal de guerra e de exceção, colocava as atrocidades dos nazismos em primeiro plano. Técnica, ciência e crueldade não eram, necessariamente, categorias indissociáveis.³⁹

O surgimento da bioética pode ser pensado como um sintoma da necessidade de relembrar e atualizar os discursos da ética e o dos direitos humanos historicamente existentes.⁴⁰

A primeira conquista da bioética foi, pois, a dos homens de ciência, tal como a consideração dos fatores científicos – tecnológicos testemunhou, o que lhe permitiu afirmar-se como novo domínio do saber e da prática. A conquista da sociedade designa o movimento de expansão da bioética, que não se circunscreveu a uma elite de sábios mas que, num fenômeno ímpar na história da humanidade, transvazou rapidamente para a sociedade em geral, sendo todos chamados a refletir sobre o sentido da ação e o destino do homem. Esta conquista reflete principalmente na necessidade de repensar a ética a partir do reconhecimento da impossibilidade da sua tradicional fundamentação racional e universalista e na procura de novos sistemas éticos capazes de dar resposta aos graves problemas que as sociedades contemporâneas enfrentam. É a nova postura de diálogo que determina a democratização da ciência e o consensualismo na ética como posturas que correspondem no mundo pluralista em que vivemos.⁴¹

A bioética com seu surgimento pode também ser pensado de acordo com Samantha Buglione:

“[...] como um sintoma da necessidade de relembrar e atualizar os discursos da ética e dos direitos humanos historicamente existentes.”⁴²

Esse discurso vem em detrimento da década de 1960, em virtude de vários episódios como o artigo de Henry Beecher, no “New England Journal of Medicine”, e as experiências científicas com homens negros americanos portadores de sífilis exigiram que postulados e princípios fossem relembrados. Era preciso, mais uma vez, ter claros os fundamentos das ações humanas, principalmente em situações de conflito de interesses.⁴³

³⁹ BUGLIONE, Samantha. *Direito, Ética e Bioética*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.p. 12.

⁴⁰ Ibidem. p. 11.

⁴¹ Ibidem. p. 12.

⁴² ARCHER. Luís; BISCAIA. Jorge; OSSWALD. Walter; RENAUD. Michel. *Novos desafios à Bioética*. Porto. 2001. p. 21

⁴³ BUGLIONE, Samantha. *op.cit.* p. 12.

Em 1971, foi criado o neologismo bioética, que não é apenas ética da vida, mas a ética da vida em sociedade (bios, do grego, é a vida política, enquanto zoe, a vida estritamente orgânica), como também busca reaproximar a ética da técnica e da ciência, em outras palavras, resgatar uma forma de fazer ciência que deve ter como primeira função questionar suas próprias ações.⁴⁴

A bioética analisa os problemas éticos dos pacientes, de médicos e de todos os envolvidos na assistência médica e pesquisas científicas relacionadas com o início, a continuação e o fim da vida, como as técnicas de reprodução assistida, a engenharia genética, os transplantes de órgãos, as técnicas para alteração de sexo, prolongamento artificial da vida, os direitos dos pacientes terminais, a morte encefálica, a eutanásia, dentre outros fenômenos. Enfim, visa analisar as implicações morais e sociais das técnicas resultantes dos avanços nas ciências, dos quais o ser humano é simultaneamente ator e espectador.⁴⁵

Dessa forma, a razão da bioética é reforçar o verdadeiro significado de equidade, que não representa o mesmo sentido de igualdade. Enquanto a igualdade é a consequência desejada da equidade é o seu ponto de partida. É somente por meio da equiparada consideração de interesse diversos e dos reconhecimentos desses interesses, sejam eles sujeitos que forem, independentemente das suas singularidades, que se poderá alcançar a igualdade, e conseqüentemente realizar um projeto de justiça.⁴⁶

Portanto, a bioética está preocupada com a conduta humana, suas ações e omissões, e, principalmente, com as suas conseqüências, sejam elas operadas no campo da saúde ou da doença, do direito ou dos conflitos morais.⁴⁷

1.4 Problemas da Bioética

Conforme já analisado em tópicos anteriores, com os importantes processos ocorridos a partir da segunda metade do século XX, no setor das ciências da vida, desafiaram pesquisadores, médicos e juristas, bem como a opinião pública, com questões novas, graves, e de difícil resposta, se é possível ter como utilização o corpo do homem como matéria de experiência da procriação humana.⁴⁸

⁴⁴ BUGLIONE, Samantha. *Direito, Ética e Bioética*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.p. 12.

⁴⁵ CAMARGO. Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003.p. 69.

⁴⁶ BUGLIONE, Samantha. *op.cit.*.p. 12.

⁴⁷ *Ibidem*.p. 12.

⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 131.

A moral e o direito positivo estão suficientemente aptos a enfrentar estas novas questões? Ou novas técnicas estão a exigir novas regras capazes não só de contornar os problemas daí correntes, como também estabelecer limites de aplicação dos novos conhecimentos?⁴⁹

Nesse contexto, surgem os problemas bioéticos que designam um conjunto de questões que envolvem a intervenção científica no âmbito da vida orgânica, especialmente sobre o homem. Tais posturas, diante desse conjunto de questões, devem ser decididas por atos de eleição, em razão da diversidade de grupos ou segmentos que compõem as sociedades contemporâneas.⁵⁰

Com o crescimento da ciência, e as novas tecnológicas de reprodução humana, o tema a ser tratado a seguir, faz surgir problemas éticos relacionados à Bioética, no qual surge também a necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções aos problemas que a tecnologia cria, no qual a biotecnologia desponta como a atividade empresarial que vem atraindo mais investimentos.⁵¹

Diante de tal crescimento tecnológico na medicina, a biomedicina ocupa-se do estudo das estruturas biológicas e suas funções. As novas idéias daí decorrentes são desenvolvidas em sistemas sintéticos, similares aos encontrados nos sistemas biológicos. Vem demonstrando que o setor da ciência que mais se desenvolverá neste século, com desdobramentos que deverão acarretar grandes transformações no modo de vida do homem. Não obstante a experiência já ter demonstrado que toda vez que o homem intervém na natureza ocorrem reflexos que nem sempre são os mais desejáveis, esse desenrolar é inexorável e não tem volta.⁵²

No que se refere ao campo da biomedicina propriamente dita, as preocupações se voltam para os vários problemas que o desenvolvimento científico pode ocasionar no plano da ética e do Direito.⁵³

Isso quer dizer que o desenvolvimento científico pode também se utilizar de outros conhecimentos da bioética, criando um espaço de diálogo interdisciplinar, no qual

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 131.

⁵⁰ SPGRECIA, Elio. *Manual de Bioética*. São Paulo. Layola 1996. p. 200.

⁵¹ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 58.

⁵² FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte. Mandamentos. 2003. p.122.

⁵³ *Ibidem*. p.122.

começam a sentar à mesa de discussão de advogados, teólogos, filósofos, antropólogos, sociólogos, médicos e muitas pessoas sensibilizadas com essa temática.⁵⁴

A preocupação dos mais diversos setores justifica-se porque as modernas biotecnologias referem-se não somente ao tratamento e cura de doenças que afligem o ser humano, mas concernem, igualmente, ao meio ambiente e à vida natural do planeta, incluindo todos os gêneros e espécies de vida.⁵⁵

A biomedicina vem demonstrando ser capaz de mudar a natureza humana, recriar o homem. Isso pode ser maravilhoso, mas ao mesmo tempo aterrorizante, ou seja, de outro modo, há um vazio de moralidade que caracteriza nosso tempo contemporâneo. A crise da razão abalou os alicerces das certezas que o projeto iluminista nos proporcionou a sonhar. Eis o grande paradoxo de nossas inapreensíveis época, maravilhosa dramaturgia.⁵⁶

Portanto, é necessária uma reflexão séria tanto no âmbito da ética quanto do direito para enfrentar essas novas questões e prevenir conflitos que, inexoravelmente, surgirão frente ao impulso de se tentar, cada vez mais, provar o domínio do homem sobre da natureza.

⁵⁷

Esse tema da experimentação com fins científicos implica vários pontos polêmicos, que, de maneira direta, suscitam grandes debates acerca do que se deve fazer ou se abster, com base em perspectivas éticas.⁵⁸

Todas essas novas técnicas que recorrem à manipulação genética e intervenção direta nos processos vitais, envolvem, certamente, uma grande complexidade e este fato exige a atenção não apenas da comunidade científica, mas da sociedade como um todo, haja vista que as descobertas científicas e sua utilização na medicina, através das terapias genéticas, da reprodução artificial, dos transplantes e doações de órgãos atuam diretamente sobre a vida e o destino da humanidade.⁵⁹

O problema parece ainda mais complexo porque o tempo para aquisição do conhecimento científico de uma nova técnica, do momento de uma invenção até a sua

⁵⁴ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 66.

⁵⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana..* São Paulo. Renovar 2003. p. 150.

⁵⁶ FABRIZ, Dauri Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte. Mandamentos .2003. p.123.

⁵⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *op.cit.* p. 150.

⁵⁸ FABRIZ, Dauri Cesar. *op. cit.* p. 122.

⁵⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *op.cit.* p. 151.

utilização é insuficiente para perceber quais as implicações que podem acarretar do recurso abusivo ou indiscriminado da biotecnologia na natureza.⁶⁰

Portanto, considerando que há um aumento de riscos porque a sociedade não dispõe de tempo para assimilar essas novas práticas da ciência que, muitas vezes, criam situações imprevisíveis ou indesejáveis e ainda podem criar conflitos de várias ordens, envolvendo tanto questões de ordem moral, religiosa, quanto social, jurídica e, certamente, envolvimento de ordem econômica.⁶¹, trazendo com isso conflitos jurídicos e bioéticos no cotidiano da sociedade humana, como desentendimentos entre essas questões.

⁶⁰ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*.. São Paulo. Renovar 2003. p. 150.

⁶¹Ibidem. p. 150.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 Desenvolvimento histórico

A história da humanidade sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade e com isso temeu o risco a esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar e social. As primeiras manifestações de arte, que remontam à época primitiva, representavam a mulher fecundada, grávida, capaz de gerar novos seres à exemplo da mãe natureza.⁶²

Desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fato negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora a à influência das bruxas, ora dos desígnios divinos. A mulher estéril era encarada como ser maldito que precisava ser banida do convívio social. Para os judeus, a esterilidade era considerada como castigo de Deus.⁶³

Ademais, durante toda a humanidade, percebeu-se uma grande preocupação com relação à fecundidade. E já a fecundidade sempre foi vista como uma benção divina. Como é visto em alguns países e religiões.

A fecundidade está vinculada a noção de bem, a esterilidade, a noção de mal. Estes conceitos foram confirmados pelos povos gregos e romanos.⁶⁴

Para demonstrar essa infelicidade da mulher estéril, destacada na Bíblia, pode-se começar com a conceituação bíblica de imortalidade. O antigo testamento não é muito claro sobre o conceito consistente de vida após a morte. O primeiro modo pelo qual se poderia alcançar a imortalidade era por meio dos seus herdeiros. O pior fato que poderia acometer alguém era ser cortado do seu próprio povo. Isso poderia se dar pelo auxílio, em certos crimes, pela execução, em outros crimes, ou pela morte, sem deixar filhos.⁶⁵

⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais 1995. p. 17.

⁶³ Ibidem. p. 18

⁶⁴ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 19.

⁶⁵ Ibidem. p. 20.

Com isso, em Roma, a esterilidade condenava a mulher à mais trágica posição, justificando mesmo o repúdio pelo marido.⁶⁶

Nessa época a mulher digna era conceituada pela habilidade de dar filhos ao marido. A Bíblia é repleta de histórias de mulheres que desesperadamente oravam para Deus abrir suas trompas.⁶⁷

Por meio de histórias antigas é possível verificar o peso e a importância dos filhos para os povos cristãos.

Diante da situação da esterilidade feminina, (até o final do século XV era inadmissível a idéia de que pudesse ocorrer esterilidade masculina), mas não mudou muito na Idade Média. Apenas com a descoberta de novos elementos terapêuticos, procurava-se curar o mal, que pelo emprego de rudimentar farmacopéia (chás e ervas), quer pelo recurso – ainda dominante – das medidas acetíficas: uso de metais e pedras preciosas, invocações religiosas, rituais e flagelações.⁶⁸

No final do século XVI o estudo da esterilidade conjugal ganhou foros de cientificidade com a invenção do microscópio, por Leenwenhoek. Somente um século depois, Johann Ham afirmou que a esterilidade não era só feminina e poderia se causada por falta de espermatozóides. Assim, a noção de esterilidade conjugal surgiu no século XVII. E com isso foram se abrindo novos horizontes para a esterilidade humana.⁶⁹

Em 1778, Heller afirma que os espermatozóides se encontram no líquido testicular. Em 1883, Dogues admite a participação dos ovários no processo de fecundação. Em 1842, Ponchet e Bischoff estabelecem a ovulação e a menstruação. Mas somente em 1875 e 1890, ou seja, no final do século XIX, diversos pesquisadores concluem (a partir da análise em mamíferos e peixes) que a fertilização é constituída pela união do núcleo de um espermatozóide com o de um óvulo. Assentavam-se as bases das fantásticas descobertas que marcariam o século XX, a partir do conhecimento de hormônios.⁷⁰

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995. p. 22.

⁶⁷ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 23

⁶⁸ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Ed. Curitiba. Juruá. 2005.p. 06.

⁶⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.p. 03.

⁷⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.* p. 18.

A revolução começou silenciosamente e rapidamente à fazer parte da vida humana, não sem espanto e questionamentos. É a revolução biológica. Ela sempre altera o futuro da medicina e o conhecimento da própria base genética da vida. E em 1927, Aldous Huxley, em 1927, deixa de ser mera ficção científica e começa a tornar-se realidade. Em muitos aspectos, as descobertas na área da biologia e da genética influenciarão a vida da humanidade.⁷¹

A década de 70 marcou as descobertas decisivas capazes de garantir a evolução das procriações artificiais, que logo no final do século assistiu o que nunca se acreditou ser possível realizar: o nascimento dos bebês de proveta. O “delírio” de Aldous Huxley ganhava forma e se tornava realidade.⁷²

Em julho de 1978 nasceu Louise Joy Brown, no General Hospital, na cidade de Oldham (Inglaterra), graças ao trabalho infatigável dos Dr. Steptoe e Edwards, que vinham se dedicando com afinco há mais de quinze anos. Nasceram no mesmo ano três bebês de proveta.⁷³

Assim, os avanços biotecnológicos permitiram que o sonho viesse a se tornar realidade. As modernas técnicas de inseminação e fertilização assistida tornaram esse “milagre” praticamente um fato “banal”, não fossem as dúvidas sobre o desrespeito aos ritmos naturais da vida humana e aos valores éticos.

Mas conforme cita Eduardo de Oliveira Leite, quanto á ética:

Em 1984 a Sociedade Americana de Fertilidade apresentava um relatório sobre os aspectos éticos da fecundação “in vitro”. As conclusões da comissão (composta pelos doutores Howard Jones, Anne Wents, Martin Quingley, Richard Marrs e Alvin Paulsen) prepararam a “legitimação” de uma prática até então encarada com a desconfiança pelos segmentos mais conservadores da sociedade.⁷⁴

Mas para uma melhor compreensão do assunto, faz-se oportuno esclarecer que, na ciência biológica há diferença entre a esterilidade e infertilidade, uma vez que esta advém de causas orgânicas ou funcionais, que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilitam a produção de descendência, enquanto aquela consiste na incapacidade do

⁷¹ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 23.

⁷² OLIVEIRA, Deborah C. Alvarez de. *Reprodução Assistida: até onde podemos parar? – Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo. Gaia.. 2000. p. 11;

⁷³ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991. p. 7.

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995. p. 24.

homem ou da mulher, ou de ambos, por causas funcionais ou orgânicas, de fecundarem por um período de relação sexual normal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes. No presente trabalho, os dois problemas serão tratados como um só, ou seja, sem distinção.⁷⁵

A oportunidade etária e biológica favorável à procriação humana aumenta cada vez mais com casais estéreis que, os quais acabam recorrendo à reprodução humana assistida, no qual essas procriações artificiais permitem ao casal ter filhos quando querem e se querem, podendo escolher o momento e a chegada da criança esperada.⁷⁶

Segundo Stedman;

[...] enquanto a esterilidade é a incapacidade de fertilização ou reprodução, a infertilidade é uma “esterilidade relativa.”⁷⁷

E assim, os meios naturais de ter filhos não dão resultado, a angústia e inquietude tomam conta dos casais, levando a procurar um intermediário eficaz.

Portanto, ressaltam-se que tanto a infertilidade como a esterilidade, em suas diversas formas, são consideradas doenças devidamente registradas na classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, e, como tais, podem ser tratadas.

⁷⁸

Porém, essa evolução científica avassaladora, as sucessivas e constantes revoluções biológicas, constituíram nos últimos anos, verdadeiras ameaças a regras morais institucionalizadas na qual se julgaria imutáveis.⁷⁹

Conforme citado anteriormente, desde 1978 até nossos dias, tiveram muitas etapas percorridas e enormes desafios já alcançados na nova ciência da reprodução artificial.

⁸⁰

Houveram muitos progressos obtidos na área da fecundação artificial, no qual fala-se de mães de aluguel, bancos de sêmen, bebês de proveta, entre outros progressos.

⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995. p. 24.

⁷⁶ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 18.

⁷⁷ STEDMAN, Thomas Lathop. *Dicionário Médico*, 25ª Ed, Rio de Janeiro. Trad. Cláudia Lúcia Caetano Araújo. Guanabara Koogan, 1998, p. 1.229.

⁷⁸ CAMARGO, Juliana Frozel. *op.cit.* p. 25.

⁷⁹ ACHER, Luís; BISCAI, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. *Novos desafios à Bioética*. Porto. 2001. p. 24

⁸⁰ ACHER, Luís; BISCAI, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. *op.cit.*p .24

Já temos no mundo uma população de aproximadamente 5 mil desses bebês, o quais jamais teriam vindo à luz, não fossem os conhecimentos adquiridos pelo homem acerca da reprodução humana.⁸¹

2.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida

Desde muito tempo que a sexualidade começou a ser crescentemente afastada por métodos artificiais da sua aptidão para a reprodução. Mas a grande transformação surgida nesse século consiste ter-se em quebrado a derivação necessária de reprodução e sexualidade.⁸²

Com o rápido desenvolvimento de novas técnicas de procriação medicamente assistida, os casais inférteis já dispõem de varias das formas para resolverem o problema da esterilidade tanto masculina quanto feminina.

O aumento da esterilidade que nos últimos anos se tem acentuado centrou na ausência do filho e na luta contra a infecundidade todo o grande esforço tecnológico re reprodução medicamente assistida.⁸³

Porém, o leque de técnicas cientificamente desenvolvidas é bastante amplo, sendo importante descrever, ainda que sucintamente, as mais utilizadas.

Mas comecemos primeiramente com a origem do vocábulo Inseminação, derivado do latim e originado no verbo “inseminare”, formado pela preposição “in” (em) mais “seminare”, que significa, “grão”, “principio”, “origem”, “fonte”, sendo definido como aforma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula.⁸⁴

O adjetivo “artificial”, que também deriva do latim, “artificilalis”, significa feito com arte, resultou o substantivo “artificium”, palavra que serve para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade, e outras no mesmo sentido.⁸⁵

A inseminação artificial também denominada “concepção artificial”, “fertilização artificial”, “fecundação” ou “fertilização assistida”, além se outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico - científico de levar o óvulo ao encontro do

⁸¹ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba. Juruá. 1ª Ed. 2005.p. 06.

⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo Revista dos Tribunais. 1995. p. 24.

⁸³ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização Assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1991. p. 8.

⁸⁴ MACHADO, Maria Helena. *op.cit.*.p. 10.

⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.* p. 26.

espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Consistiu-se, portanto, na prática de técnicas que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.⁸⁶

Nas técnicas existem dois meios distintos, a Reprodução Assistida e a Engenharia Genética. A **Reprodução Assistida ou Procriação Assistida** torna-se um conjunto de técnicas no qual tem como objetivo tornar a reprodução artificial, deixando de ser uma reprodução natural. Já a **Engenharia Genética** torna-se um conjunto de técnicas de leitura e manipulação do Código genético.⁸⁷

Mas o que os interessa é a **Reprodução Assistida**, que pode ocorrer em dois modos, como **Inseminação Assistida** ou **Fecundação Assistida**, que ocorrerá de forma **homóloga** ou **heteróloga**.⁸⁸

A primeira, a inseminação assistida consiste com o auxílio do processo natural de reprodução humana. Será usada essa técnica quando ocorrer a impotência masculina, incompatibilidade sexual entre os cônjuges ou problemas quanto à qualidade do esperma.⁸⁹

No que diz a fecundação assistida, ela é uma técnica usada para unir os gametas femininos e masculinos fora do corpo humano, formando um embrião que posteriormente será introduzido ao útero da mulher.⁹⁰

A inseminação e a fecundação poderá ser homóloga quando o sêmen e o óvulo são fornecidos pelo próprio casal, e será heteróloga quando o material genético for da participação de um terceiro, ou seja, um doador, podendo ser mais de um doador. Neste caso, podendo ser a doação de um sêmen, de um óvulo, ou de um útero.⁹¹

⁸⁶ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.p. 11.

⁸⁷ ALMEIDA. Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*.. Rio de Janeiro Lumen Juris 2000. p.26.

⁸⁸ ALMEIDA. Aline Mignon. *op.cit.* p. 26.

⁸⁹ *Ibidem.* p.26.

⁹⁰ *Ibidem.* p. 27.

⁹¹ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *op.cit.*.p. 11.

2.2.1 Inseminação Artificial Homóloga

A técnica de inseminação homóloga não tem encontrado maiores objeções porque independe da intervenção de um terceiro na intimidade do casal, é encarada como um serviço que a medicina presta à humanidade.⁹²

A inseminação artificial homóloga é um dos procedimentos mais simples, que não exige tantos recursos tecnológicos. Diz-se homóloga, ou auto inseminação, a inseminação artificial quando realizada com sêmen proveniente do próprio marido.⁹³

Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga, destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical, a oligospermia e a retroejaculação.⁹⁴

Com afirma Glezerman, o processo de inseminação artificial homóloga:

[...] pode não ser encarado pelo casal como um procedimento puramente médico, mas sim como uma medida corretiva para a inabilidade de desempenho. Conseqüentemente, a percepção arcaica da conexão entre a sexualidade e procriação pode ser revivida e pode ser seguida por sentimentos de culpa, acusações subscientes e grave ferimento do ego do parceiro responsável.⁹⁵

A inseminação artificial é feita por meio do depósito do espermatozóide preparado dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen.⁹⁶

Mas esse processo de inseminação artificial não é a garantia da fecundação do óvulo, essa técnica será utilizada para designar tão somente a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, a partir de então, ocorrer ou não a fecundação, fusão do óvulo e espermatozóide. Já no caso da fecundação artificial, ter-se-á efetivamente o embrião que será transferido para o útero materno.⁹⁷

Com isso podemos analisar que a reprodução humana é sempre considerada o elo mais íntimo do casal, com a procriação artificial, foi trazida para um ambiente de ampla participação, uma vez que tanto os óvulos quanto os espermatozoides, passaram a ser tratados fora do corpo humano.⁹⁸

⁹²PESSINI, Léo. *Problemas Atuais de Bioética*. São Paulo. Layola. 1997. p. 216.

⁹⁴ PESSINI, Léo. *op.cit.* p. 216

⁹⁵ GLEZERMAN, Marck. *Inseminação Artificial*. In. Insler e Lunenfeld, p. 650.

⁹⁶ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2003. p. 27.

⁹⁷ CAMARGO, Juliana Frozel. *op. cit.* p. 27.

⁹⁸ *Ibidem.* p. 27.

2.2.2 Inseminação Artificial Heteróloga

Esse leque de técnicas científicas desenvolvidas é muito amplo, porém há que se falar na técnica mais utilizada, sendo a **fecundação *in vitro***. Essa técnica tem um procedimento mais simples, não precisando de recursos tecnológicos, no qual o espermatozóide utilizado pode ser do marido, feita pela inseminação homóloga, ou pode ser feita de um banco de esperma, feita pela inseminação heteróloga, no qual são coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero.⁹⁹

Diz-se heteróloga, ou “hetero-inseminação”, quando feita em mulher casada com sêmen originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada.¹⁰⁰

Recorre à inseminação heteróloga quando ocorrer, a azoospermia ou oligospermia, doenças hereditárias graves do marido, e, ainda, incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, podendo interromper a gravidez.¹⁰

A inseminação heretóloga depende diretamente da ocorrência de um terceiro sujeito, ou seja, do doador. Para doar seu esperma, é exigido que o doador seja maior, com menos de 50 anos, casado e pai, no mínimo, uma criança, mais o acordo da esposa.¹⁰¹

Se o cônjuge companheiro não produzir espermatozóides ou produzi-los em número inferior ao necessário para que ocorra a fertilização, poderá resolver o seu problema de infertilidade utilizando-se de espermatozóides de doadores, através dos bancos de sêmen. Nesse caso, tem-se uma inseminação artificial heteróloga.¹⁰²

Mas, por sua vez, quando a mulher vier a sofrer qualquer espécie de anomalia que impeça a fecundação através dos meios naturais, poderá valer-se da fecundação *in vitro*. Neste caso, o encontro dos espermatozóides com o sêmen não ocorrerá na trompa, mas no laboratório.¹⁰³

Se o problema de infertilidade da mulher ocorrer por falta ou ausência de óvulos, pode recorrer aos óvulos de doadoras que serão fertilizados *in vitro*, pelo esperma do

⁹⁹ CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp.. 2003. p. 27.

¹⁰⁰ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba. Juruá. 1ª Ed. 2005.p. 013.

¹⁰¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais.. 1995. p. 27.

¹⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.* .p.28

¹⁰³ *Ibidem*.p.28

marido ou companheiro da mulher infértil, e implantado, posteriormente, no útero da mulher solicitante, ocorrendo então, a doação de óvulos.¹⁰⁴

Hoje a inseminação heteróloga é objeto de muita controvérsia, sendo a indicação mais comum a esterilidade masculina absoluta (nos casos de hipogonadismo e azoospermia resistente à terapia), bem como nos casos de infertilidade em casais nos quais qualquer grau de oligozoospermia, teratospermia ou astenospermia do sêmen do marido permanece resistente à terapia.¹⁰⁵

As doenças hereditárias do lado do marido, as incompatibilidades (como as relacionadas com o fator RH), assim, como os casos de longa infertilidade sem etiologia aparente, também são indicações para inseminação heteróloga.¹⁰⁶

A inseminação heteróloga dever ser considerada como última medida diante da impotência do terapeuta de tratar certas infertilidades maiores. Trata-se de um tratamento paliativo que 50% dos pacientes rejeitam por razões culturais, religiosas, ou mesmo psicológicas.¹⁰⁷

Ainda, se a esterilidade ocorrer entre o casal, ou seja, originar-se tanto do homem como da mulher impossibilitando –os de gerarem filhos, poderão socorrer-se da doação de embriões que são os excedentes congelados e não utilizados por outros casais inférteis.¹⁰⁸

Porém, irá depender do caso, de cada homem e de cada mulher que estiver tentando engravidar ou ter um filho, pois ao recorrer a inseminação artificial heteróloga, ou seja, a utilização de sêmen de um terceiro doador fértil, ou podendo ter técnicas mais complexas, quando há necessidade de doação de óvulo, doação de embriões ou até mesmo, a maternidade de substituição¹⁰⁹

As técnicas de reprodução assistida (RA) tem o papel de auxiliar na resolução de problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando

¹⁰⁴ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba. Juruá. 1ª Ed. 2005.p. 014.

¹⁰⁵ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Renovar.. 2003.p. 12.

¹⁰⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995. p. 27.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 27.

¹⁰⁸ MACHADO. Maria Helena. *op.cit.*.p. 034.

¹⁰⁹ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *op.cit.* p. 13.

outras terapias tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2.3 O que é “Barriga de Aluguel”

Outro grande tema é a “barriga de aluguel”, ou seja, a sub-rogação de útero que pode dar-se de duas formas: a mãe portadora, quando a mulher alberga embrião, levando a termo a gravidez. Já a chamada maternidade sub-rogada, a mãe substituta, ocorre quando, além de ser a gestadora do embrião, a mulher é também a doadora do óvulo, ou seja, do material genético. Sendo feito pela técnica de inseminação heteróloga, no qual se discute se ela deve ser autorizada, mesmo para fins humanitários, sem que seja para fins de negócio.¹¹⁰

Embora a sub-rogação do útero, ou seja, o empréstimo de útero, não seja efetivamente uma técnica de reprodução assistida, esta variação precisa ser conhecida devida às conseqüências éticas e jurídicas que pode ocasionar.

Ocorrerá essa “técnica” quando os problemas para gestar uma criança estão relacionados com incapacidades tubária ou uterina, ou até mesmo por defeito de formação do útero da mulher.¹¹¹

Dessa forma, com essa técnica, a portadora sub-rogada, seu uso está indicado os ovários de uma mulher tem a capacidade para produzir óvulos normalmente, mas não são incapazes de levar a termo a gestação, por problemas uterinos, malformações etc. Nestes casos, o óvulo desta mulher é fertilizado com os espermatozoides do marido e o embrião é transferido para a portadora sub-rogada.¹¹²

A mãe sub-rogada ocorre quando há uma mulher incapaz de produzir óvulos funcionais e também de gestar, é o caso, por exemplo, de mulheres que tiveram que retirar seu útero ou ovário. Neste caso, pode-se até recorrer a uma doadora de óvulos, e depois uma “barriga de aluguel”, portadora sub-rogada, ou seja, mulheres diferentes.¹¹³

Nos casos em que se utiliza a barriga de aluguel, também ocorre inseminação artificial, no qual pode ocorrer em três situações: inseminação de uma mulher com sêmen e óvulo de pessoas estranhas; gestação de um óvulo fecundado “in vitro”, ou

¹¹⁰ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro Renovar.. 2003.p. 72.

¹¹¹ ALMEIDA. Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2000. p.45.

¹¹² BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *op. cit.* p. 72.

¹¹³ *Ibidem.* p. 72.

inseminação de uma mulher que recebe em seu óvulo sêmen de um homem estranho. Nesses casos, a criança deverá ser entregue aos pais biológicos e no último caso, ao pai biológico.¹¹⁴

Nesse mesmo caso pode ocorrer que o embrião congelado de casal estranho seja gerado por uma terceira pessoa e a criança é entregue a um casal ou pessoa incapacitada de ter filhos próprios, chamamos de “pais civis”.¹¹⁵

No que tange saber Jussara Meirelles:

[...] a gestação por outrem assume diferentes formas, e, para delinea-las, devem-se distinguir, inicialmente, três figuras essenciais, chamadas aqui hipoteticamente, de mães, que pertencem a categorias diferenciadas conforme a sua participação no pacto efetuado: a mãe social (S) é a que pretende o filho, a mãe genética (G) é a doadora do óvulo que, fecundado, dará a origem a criança, e a mãe biológica (B), também denominada mãe hospedeira, ou mãe substituta, ou mãe portadora, é a que cede o útero, mantendo a gestação em favor da mãe social. Admitindo-se que as categorias aqui elencadas podem confundir –se na mesma pessoa, tem-se as seguintes hipóteses mais observáveis na prática: a) fertilização in vitro, em qualquer óvulo e sêmen são provenientes do casal interessado e implantado no útero, a mãe hospedeira mantém a gestação (S = G); b) através de inseminação artificial ou de fertilização in vitro, a mãe portadora tem um óvulo seu fecundado com o sêmen do marido ou do companheiro da mãe social e, mantém a gestação para o casal interessado. Nesse caso, a mãe hospedeira é também mãe genética, enquanto a mãe social nenhuma participação biológica tem na gravidez (B = G)¹¹⁶

Por isso, há de se notar a orientação do Conselho Federal de Medicina brasileiro, que autoriza o recurso da técnica de maternidade substituta, desde que o útero alugado, o útero emprestado, seja da família, em parentesco até o segundo grau. Tendo em vista que, em família, terá a relação de afeto, evitando qualquer possibilidade lucrativa.¹¹⁷

Ressalta-se que quando houver a fecundação do óvulo com sêmen do homem que não seja marido ou companheiro da paciente, deverá haver o consentimento do marido e do doador do sêmen. Diferentemente no caso, quando o óvulo é da mãe de aluguel e o sêmen é do marido ou do companheiro da mulher que não pode ter filhos, terá que haver o consentimento do casal e da mulher que irá gestar a criança, desta forma, o casal assumirá como filho a criança após o nascimento, da mesma maneira que ocorre adoção.¹¹⁸

¹¹⁴ ALMEIDA. Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2000. 45.

¹¹⁵ Ibidem. p. 45..

¹¹⁶ MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*. Curitiba. Gêneses, 1998, p. 69.

¹¹⁷ BRAUNER. Maria Cláudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro Renovar..2003. p. 72.

¹¹⁸ ALMEIDA. Aline Mignon. *op.cit.* p.46.

Ocorre também um caso em que o pré-embrião será implantado no útero de uma mulher que não tem nenhuma ligação com a criança, com pais civis e os pais biológicos desta, tendo ela que entregar a um casal que será os “pais civis”.¹¹⁹

2.3.1 A remuneração da “barriga de aluguel”

No que tange a remuneração da mãe substituta, os embriões obtidos por fecundação ‘in vitro’ são implantados no útero de uma mulher, isso, mediante pagamento com uma determinada importância, no qual compromete a mãe de aluguel a entregar o recém nascido ao determinado casal que alugou seu útero, abdicando de qualquer direito e reivindicação sobre a criança.¹²⁰

A respeito da natureza jurídica do útero de aluguel existem duas vertentes: a primeira diz que é uma prestação de serviço que deve ser feita através de um “contrato de gestação”, e a segunda diz que se trata de um comércio de pessoas, sendo ilegal qualquer estipulação a respeito, pois seria nulo contrato por ter objeto ilícito, conforme o art. 82 do Código Civil de 2002.¹²¹

Porém, existem argumentos utilizados por quem defende o contrato de gestação, tais como: a remuneração não refere à venda da criança, mas sim ao serviço prestado pela mulher que teve útero utilizado para gestar uma criança que não é dela; a exploração da pobreza e da ignorância humana que ocorrem em todas as esferas das atividades humanas, a falta de cuidados também é comum e mães e pais que geram filhos próprios; os pais que contratavam o serviço da mãe de aluguel pelo contrato são obrigados a assumir a criança; e a mãe de aluguel é uma profissional, que presta serviço a casais que não podem gestar seus filhos.¹²²

Entretanto, há outra vertente, argumentos contrários ao contrato: de forma que há uma “coisificação” da pessoa, pois a criança é entregue mediante pagamento, propicia a exploração de mulheres pobres, necessitadas de dinheiro, a mãe de aluguel pode não tomar todos os cuidados e não cumprir as prescrições médicas, visando somente o dinheiro que irá receber, os pais podem não aceitar uma criança defeituosa que eventualmente possa nascer; e se a lei proíbe a

¹¹⁹ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p.46..

¹²⁰ ACHER, Luís; BISCAI, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. *Novos desafios à Bioética*. Porto. p. 32.

¹²¹ ALMEIDA, Aline Mignon. *op.cit.*p.49.

¹²² *Ibidem*. p.49.

remuneração em caso de doação de órgãos e células reprodutoras, não pode haver remuneração pela utilização do útero de uma terceira pessoa.¹²³

Essa terceira pessoa que aluga o seu útero instrumentaliza a gravidez que passa a ter sentido de comercialização, e porque corta radicalmente os laços íntimos de comunicação entre a gestante e o feto, a continuar e incrementar após o nascimento, com isso, a maternidade de substituição não é eticamente admissível. Sendo expressamente proibida na grande maioria dos países da Europa e só no Chipre e no Reino Unido é permitida por lei, já outros países como a Áustria, Dinamarca, Espanha e Holanda, a lei nem proíbe nem autoriza.¹²⁴

Com relação a não remuneração, conforme, Aline Mignon de Almeida, diz:

Quanto a não poder haver remuneração pelo aluguel do útero, não podemos comparar a utilização de uma parte do corpo com a doação de um órgão do corpo humano; a simples utilização do útero da mulher saudável não causa problemas, mas a doação de um rim de pessoa viva pode causar problemas no futuro, porque o rim que não foi retirado ficará sobrecarregado, e além do mais, retira-se um órgão de pessoa viva ou morta para salvar uma vida ou amenizar, acabar com o sofrimento de alguém. Já o aluguel do útero é para satisfazer o desejo de um casal, não é um motivo vital, relevante para a saúde de alguém, um casal pode muito bem não ter filhos como também para satisfazer este desejo pagar por isso, ou adotar.¹²⁵

Mas não é o que pensa Fernando Mantovani ,que diz:

[...] a prática da maternidade substituição constitui ofensa a dignidade da mãe e do próprio nascituro.¹²⁶

Dessa forma, entende-se que se trata de uma ofensa à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor: em contraste, contudo, com um conceito moderno de “maternidade responsável” e com o processo de emancipação feminina; e a dignidade do nascituro, pois é reduzido a res comerciável e sujeita a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e, até mesmo, de conflitos judiciais.¹²⁷

¹²³ ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p. 49.

¹²⁴ ACHER, Luís; BISCAI, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. *Novos desafios à Bioética*. Porto. p. 52.

¹²⁵ ALMEIDA, Aline Mignon. *op.cit.*. p.105.

¹²⁶ MANTOVANI, Fernando. *Bio Medine* . p. 234.

¹²⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de janeiro. Renovar.. 2003.p. 74.

Destarte, o útero de aluguel é um assunto muito delicado, pois engloba fatores com a remuneração do serviço e um modo diferente de filiação. Com esses avanços tecnológicos são levantadas muitas questões éticas.

2.3.2 A “barriga de aluguel” e o Direito

No Brasil não existe, até o momento, qualquer direito, inclusive constitucional, proibindo ou regulando o recurso da “barriga de aluguel” para a produção. O critério para estabelecer a maternidade nas gerações por meio de terceira pessoa continua sendo o parto, conforme previsto na legislação civil. Mas a questão crucial diz respeito aos procedimentos que deveriam ser adotados pela legislação e regulamentação, caso viesse a ser solução escolhida.¹²⁸

A complexidade das questões a serem estabelecidas entre mãe substituta, mãe doadora, mãe social, mãe de aluguel, o anonimato, a exploração econômica dos médicos e das contratadas, a compensação financeira da mãe de substituição ou de aluguel, os requisitos a serem exigidos da mãe substituta, a determinação do tempo de aluguel do útero, demonstram que, independente da posição assumida, dúvidas sérias e profundas continuaram a persistir.¹²⁹

E ao partir da idéia de que o filho desejado poderá buscar todas as condições afetivas e materiais para sua vida e que o projeto parental idade pode ser exercido de forma normal, por aqueles que sobre de problemas de fertilidade, porém, desde que faça um bom uso das técnicas de reprodução artificial, a elaboração de uma lei brasileira para a reprodução humana assistida, no qual deverá evitar tais riscos de agir.¹³⁰

Sobre o Direito Penal não há o que se dizer, pois ainda não se manifestou, devido não haver perigo a bens jurídicos fundamentais da comunidade. Tendo em vista que as partes não têm intenções criminosas ou de ferir direitos alheios. Não havendo lesão ao principio da autonomia pessoal nem a beneficência, já que é uma manifestação livre e consciente de vontade das partes e se destina a propiciar o desenvolvimento de uma vida, a mãe de aluguel é o meio pelo qual o embrião vem a se desenvolver.¹³¹

¹²⁸ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba. Juruá. 1ª Ed.. 2005.p. 034.

¹²⁹ Ibidem. p. 34.

¹³⁰ BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito. Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro. Renovar.. 2003.p. 74.

¹³¹ ALMEIDA. Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p.54.

A autora Aline Mignon de Almeida, no que tange a comercialização entende:

[...] no que diz respeito a comercialização do aluguel de útero não fere o princípio constitucional da dignidade a pessoa humana, porque o que se paga não é a criança e sim o serviço prestado, uma vez que o direito ao corpo é indisponível, contanto que seja utilizada de maneira normal. ¹³²

Porém não é o entende o código penal brasileiro, uma vez que a mercantilização do corpo, como venda e aluguel são proibidos. E dessa forma deixa clara o ato ilícito, pois assim, demonstra a coisificação do ser humano, violando assim a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a única Resolução que encontramos é Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 11 de novembro de 1992, que constitui o único ato normativo de critérios éticos para a atuação de profissionais das técnicas de fertilização assistida, não prevendo qualquer dispositivo sobre a maternidade de aluguel. Mas, mesmo que contivessem algum dispositivo sobre essa forma de maternidade, seria mera orientação sem força de lei, visto que se trata de resolução administrativa. Portanto, faz-se necessária a constituição de um critério único para estabelecer a maternidade pela gestação através de terceiros. ¹³³

¹³² ALMEIDA. Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2000. p.54.

¹³³ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida – Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba. Juruá. 1ª Ed.. 2005.p. 035.

3 A “BARRIGA DE ALUGUEL” E SEUS DESAFIOS BIOÉTICOS

Conforme foi comentado e explicado no capítulo anterior no tópico “barriga de aluguel”, essa técnica e forma de procriação traz em si uma ambigüidade exaustivamente debatida e comentada na literatura em bioética.

No que se refere a Sérgio Costa, trata-se de uma intervenção, ou de um conjunto de intervenções, que procura reverter, ou pelo menos contornar, o fenômeno da in/hipofertilidade. Do ponto de vista cultural, a infertilidade, principalmente no caso da mulher, no caso em que é utilizada a “barriga de aluguel”, foi quase sempre tratada como fatalidade ou até mesmo maldição, enfim, como obstáculo à realização do que seria uma meta essencial da vida.¹³⁴

Essa matéria, “barriga de aluguel”, ou mães substitutas, constitui sempre um objeto de controvérsia, tendo-se em vista a importância dos problemas éticos, sociológicos, religiosos, psicológicos, jurídicos e mesmo financeiros, que ela provoca.¹³⁵

Os conflitos do tema serão abordados dentro dos aspectos bioéticos, no qual demonstrará a problemática e complexidade da procriação por doação de útero, ou seja, a mãe substituta diante do convívio e a cultura da sociedade atual. Demonstrará, contudo, os desafios que a bioética enfrenta para impor sua ética e respeito às novas tecnologias médicas que estão sendo utilizadas no caso de infertilidade, procurando uma resolução do problema da procriação humana, deixando de ser um aspecto natural para se tornar um aspecto artificial.

3.1 Desafio ao Aspecto Médico

A complexidade dá início com a infertilidade da mulher, no qual ela apresenta ausência de óvulos, ou seja, os ovários estão desprovidos desde o nascimento, ou porque o estoque se esgotou muito rápido. Com isso, a mulher irá recorrer aos óvulos, dados por uma mulher, fecundados “in vitro” pelo esperma do marido da mulher estéril que, submetendo-se a um simples tratamento hormonal, poderá carregar o embrião (depois filho do

¹³⁴ COSTA, Sergio; DINIZ, Débora. *BIOÉTICA ENSAIOS*. Brasília. Letras livres. 2001. p. 181.

¹³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 66.

seu marido) dando a luz, fazendo assim desaparecer a esterilidade do casal: é a doação de óvulos.¹³⁶

Entretanto, também é possível a doação de embriões e partir dos tratamentos de estimulação ovariana, que possibilitam a obtenção de diversos embriões. E quando ocorre uma disfunção no útero terá que recorrer à mãe substituta, ou seja, a “barriga de aluguel”. O empréstimo de útero implica na existência de uma mãe portadora, o que gera um problema mais ético- jurídico do que propriamente científico ou médico.

Deste modo, as convenções sociais têm dificuldade em transgredir com regras naturais e jurídicas que sempre atribuíram a qualidade de mãe que dá a luz e nunca uma terceira.

Para a medicina a sua complexidade vem da ética, no qual o processo cria um problema ético desde a sua origem a reprodução fica aqui completamente dissociada da gestação e do nascimento.

O caso da barriga de aluguel como pensa Jean Bernard, é um dos falsos problemas a serem tratados pela bioética, porque a verdade é que não se encontra ligado à evolução do conhecimento, mas apenas provocado pelo apetite financeiro e de lucro, ambicionado pelos médicos.¹³⁷

Todavia, entretanto, há ainda a ética no meio da medicina, onde as questões da fertilização “in vitro”, são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina, pela resolução nº. 1.358/92, para fins de maior respaldo social. O Conselho Federal de Medicina é a entidade da classe médica que estipula normas para o exercício médico no país.¹³⁸

Nesse sentido, o fato de ter sido o CFM a primeira entidade a regulamentar as novas tecnologias reprodutivas no Brasil não é sem justificativa. Por ser um órgão que define os preceitos da ética médica, isto é, as regras de conduta para o exercício da medicina, o CFM adquiriu força a legitimidades sociais muito acima de suas funções técnicas e administrativas. A responsabilidade do Código de ética médica lhe conferiu uma suposta autoridade supra moral no campo da ética aplicada à saúde.¹³⁹

¹³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 27

¹³⁷ BERNARD, Jean. *A Bioética*. Ática. 1998. p. 30

¹³⁸ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAIN, Christian de Paul de. *Bioética – Alguns Desafios*. São Paulo. Loyola. 2001. p. 208.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 208.

E diante do tema “barriga de aluguel”, visando o respeito ao direito de procriação, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.358, resolveu adotar normas éticas, como médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

Porém, dentro da atividade médica, o profissional adota três referenciais básicos da bioética, o primeiro é o **princípio da autonomia**, no qual inspira no respeito ao outro e na dignidade da pessoa humana, a qual será tratada como sujeito autônomo e livre na busca da melhor decisão para sua pessoa, o segundo princípio referencial é o da **beneficência e não – maleficência**, que em conjunto, significam que o médico deve evitar provocar danos ao paciente, maximizando os benefícios e minimizando os riscos possíveis, buscando sempre o seu bem estar. E o terceiro princípio referencial é o da **Justiça**, no qual propõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, levando em conta as desigualdades entre as pessoas, sejam sociais, morais, físicas, ou financeiras e, também , a dignidade da pessoa humana e a recusa total a qualquer tipo de violência.¹⁴⁰

Emanados os principais e basilares princípios utilizados pelos profissionais médicos, e respeitando-os, desta forma os mesmos devem lidar com o procedimento da Reprodução Humana Assistida de forma clara, esclarecendo o procedimento, os riscos, os custos e probabilidade de sucesso da técnica, no caso, a técnica do aluguel de útero.

No caso do procedimento para a técnica “in vitro”, com doação de útero, ou seja, será feita com receptores terceiros interessados, porém seguindo os preceitos da Resolução 1.358/92 do CFM, ou seja:

- A utilização apenas por pessoas inférteis e com probabilidade de êxito;
- O anonimato do doador;
- A gratuidade da doação;
- O prévio consentimento do marido ou do companheiro à técnica escolhida;
- Que a doadora de útero pertença à família da doadora genética, em parentesco de até 2º grau;

¹⁴⁰ FERREIRA, Amauri Carlos. *Ensino Religioso nas Fronteiras da Ética*. Petrópolis. Vozes., 2000. p. 50.

Ademais, diante de tais requisitos para uma mulher se propor ao procedimento de fecundação “in vitro”, para a doação de útero, os médicos e o conselho de medicina aderem essas regras, como força de lei, onde se limita até essa “lei”, no qual a responsabilidade da medicina não se atrela à moral, a psicologia, e muito menos aos conflitos jurídicos.

3.2 Desafio ao Aspecto Moral e Ético

Para entendermos melhor a ética e a moral, é preciso saber o significados delas. A ética e a moral estão entrelaçadas, ou seja, a ética é a consciência moral que deve guiar ou esclarecer o comportamento do cidadão. Diante disso, a ética e a moral vão estudar o comportamento científico, impondo regras e desafiando os estudos da bioética na nova genética com as novas técnicas de reprodução assistida.

O recurso à maternidade de substituição, ou a mãe de aluguel, para o Brasil e o Estados Unidos não é devido, tendo em vista que é uma banalização da inseminação artificial, na qual deu a idéia a medicina de utilizar tal método para evitar as relações sexuais fecundantes e uterinas.¹⁴¹

Apelar à “barriga de aluguel” em benefício de uma mulher ou de um casal sem filhos, sempre foi e continua sendo uma realidade de nossa sociedade. A prática é ancestral. Esta forma de maternidade é mesmo mencionada na Bíblia. Ela é conhecida em outros grupos sociais, se atribuirmos valor aos dados da tecnologia e da antropologia.¹⁴²

No caso da moral, encontra-se a experiência das mães substitutas, uma forma de venda do uso do corpo feminino ligada ao sexo e à reprodução. Diante disso, como símbolo da rápida combinação de tecnologias biomédicas as ações de mercado, a partir das vantagens corretivas oferecidas pela medicina e de novas formas de exploração do corpo humano.¹⁴³

Com o mesmo entendimento Eduardo Leite diz:

[...] a maternidade de substituição faz, assim, renascer uma forma de exploração do corpo da mulher (quando há remuneração) que a evolução dos costumes tinha praticamente reduzido ao nada.¹⁴⁴

¹⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 184.

¹⁴² Ibidem. p. 184

¹⁴³ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. UNB. 2001. p 67.

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.*. p. 185.

Além da venda do corpo, as técnicas que provocam uma dissociação do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal, com a doação do útero de outrem. Com isso essas técnicas lesam o direito da criança nascer de um pai e de uma mãe conhecidos dela ou ligados entre si pelo casamento. Elas traem o direito exclusivo de se tornar pai e mãe somente um através do outro.¹⁴⁵

E no ponto de vista ético, a mãe substituta deve ser julgada como um ato causador de gravidez extramatrimonial. Embora não haja união carnal o esposo da mulher estéril e a mãe de aluguel, a criação é conseguida fora do matrimônio, que uma forma união exclusiva entre marido e mulher.¹⁴⁶

Desse ponto de vista, a ética e a moral adotam que a procriação humana possui características específicas, por força da dignidade pessoal dos pais e dos filhos, a procriação de uma nova pessoa mediante a qual o homem e a mulher colaboram com a potência do Criador, deverá ser fruto e sinal da mútua doação pessoal dos esposos, do seu amor e da sua fidelidade. A fidelidade dos esposos, na unidade do patrimônio, comporta o respeito recíproco do seu direito a se tornarem pais em ao somente através um do outro.¹⁴⁷

Todavia, as tentativas ou as hipóteses a obter um ser humano sem qualquer conexão com a sexualidade, são consideradas contrárias à moral, uma vez que contrastam com a dignidade, tanto a procriação humana como da união conjugal.¹⁴⁸

Deste modo, outra discussão ética, é que a mãe de substituição aparece como o derradeiro recurso, quando o problema maior do interesse da criança, cujo nascimento foi provocado voluntariamente e cuja questão ética continua sendo a de saber até que ponto é legítimo o desejo dos pais em programá-las recorrendo a um processo que conduz, simultaneamente, ao nascimento e sua separação da mãe natural¹⁴⁹.

E fora da ética e da moral, esta a utilização da inseminação artificial e os progressos recentes, no qual eliminam a necessidade do ato sexual para provocar a uma gravidez de substituição. Neste caso, a mãe que recorre a este procedimento pode ser a mãe genética, a que fornece o óvulo ou bem pode ter contribuído em nada à gênese da gravidez.

¹⁴⁵CANÇÃO NOVA. *Conflitos Jurídicos na Reprodução Humana Assistida*. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php>> Acesso em 14 mar..2011.

¹⁴⁶DINIZ, Débora. *Admirável Nova Genética – Bioética e Sociedade*. Letras Livres. 2009. p.99.

¹⁴⁷CANÇÃO NOVA. *Conflitos Jurídicos na Reprodução Humana Assistida*. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php>> Acesso em 14 mar..2011..

¹⁴⁸VAGA, Andrew. *Problemas de Bioética*. São Leopoldo. Unisinos.. 2008. p. 76.

¹⁴⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 187.

Assim, as conquistas médico – científicas permitiram que o embrião possa ser implantado artificialmente no útero e aí submeter-se a uma gestação normal, graças ao domínio do conhecimento dos mecanismos dos hormônios. Mas, como lembrou o Comitê de Ética para as ciências da vida e da saúde, estes progressos ainda não conseguiram atingir o cerne a relação de interdependência que nasce entre o embrião e a mãe durante este período.¹⁵⁰

Esse processo cria um problema ético desde a sua origem ético de parentesco, no qual gera um conflito paternal e maternal, com isso a ética profissional e familiar acaba indagando algumas questões, que tem o direito de possessivo maior, a mãe genética ou a mãe corporal? Pois há uma circunstância complexa envolvendo a ligação emocional que freqüentemente se estabelece entre a mãe emprestada e o filho cuja a gestação ela levou a termo. Diante de tal situação começam a aparecer os desafios psicológicos.¹⁵¹

3.3 Desafio ao Aspecto Psicológico

Com o desenvolvimento dos progressos técnicos e científicos de um novo domínio da reprodução humana assistida, levou psicólogos e psiquiatras a se interrogaram sobre os perigos e desafios que constitui o preço desta liberação frente à tradicional postura ética e religiosa da humanidade, bem como frente ao pânico moral que ela suscita.¹⁵²

Com as novas técnicas e a nova forma de procriação por mãe substituta, acaba nos revelando a extensão do problema, especialmente no terreno psicológico, trazendo posições que alimentam um constante debate conflitual.¹⁵³

Esses conflitos iniciam a partir de um falso problema, chamadas mães de aluguel. Um casal não pode ter filhos porque a esposa, em razão do mau estado de seus ovários, ou de seu útero, não pode conceber. Um negócio é feito através de um intermediário com uma mulher em dificuldade. O esperma tirado do marido da mulher estéril é introduzido no útero dessa mulher. Nove meses mais tarde, a criança que nasce é entregue ao casal, e a mulher de aluguel, o intermediário e o médico que procedeu à introdução do esperma no útero recebem cada um sua retribuição.¹⁵⁴

¹⁵⁰ BERNAD, Jean. *A Bioética*. São Paulo. Ática. 1999. p. 15.

¹⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 189.

¹⁵² Ibidem. . p. 186.

¹⁵³ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leocir. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo. Loyola.. 1991. p. 166.

¹⁵⁴ BERNAD, Jean. *op.cit.* p. 12.

Com isso, irá partir daí, um debate conflitual porque a entrada de um novo ser na vida e comunidade humanas deixa de ser natural, deixa de ser “dada” e ingressa na ordem do “feito”; torna-se um ato de vontade materializado, não mais na união corporal de dois seres, mas em técnicas, alheias ao controle do casal. Essa alteração na ordem natural dos acontecimentos provoca interrogações essenciais sobre o sentido e o valor de tais poderes, gerando no mundo psicológico uma série de conflitos.¹⁵⁵

Desses conflitos, podem surgir uma série de pensamentos indesejáveis, como por exemplo o pensamento de que técnica da “barriga de aluguel” pode confundir com a infidelidade, a mulher pode pensar: “o esperma do meu marido irá permanecer dentro de outra mulher? E eu ainda vou ter que criá-lo?”. Pensamentos como esses podem surgir, e causar um grande conflito na gestação, podendo trazer certo “ciúmes” na relação conjugal.¹⁵⁶

Mesmo por que, logo após a aceitação e a superação conjugal do conflito, começam a surgir outros, como: a mulher da qual se alugaram ou compraram os serviços não é uma mãe portadora (barriga de aluguel). É uma mãe verdadeira. A criança é o filho de seus óvulos e de seu útero. Isso é tão verdade que, em certos casos, essa estabelece de forma natural laço de amor pela criança que carregou e recusa-se a entregá-la aos compradores. Em outros casos, são os filhos mais velhos dessa mulher que se opõem a essa partida.¹⁵⁷

Gerando, assim, uma confusão psicológica no destino da criança, onde seus pensamentos, suas reações quando já adolescente, souber que foi comprada, foram negligenciados pelos promotores do método, concordando com esse pensamento, completa Eduardo Leite:

[...] não se coloca somente a nível do casal, como também das crianças oriundas destas operações artificiais. Os riscos psicológicos que correm as crianças concebidas graças à assistência médica procriativa, não estão afastados “neste período de vazio religioso e de ausência de referências, onde o discurso “psi” é chamado a substituir o discurso religioso como determinante ético a tudo que diz respeito ao desejo de ter filhos.”¹⁵⁸

Esse entendimento psicológico surge quando há a participação de um terceiro, no qual em vez de a mãe genética, doadora, e a mãe biológica, receptora, estarem ligadas por laços familiares e a de afetividade para que a criança nascida dessa relação encontre o ambiente propício para um desenvolvimento biopsíquico – social desejável, porém

¹⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 188.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 189.

¹⁵⁷ BERNAD. Jean. *A Bioética*. São Paulo. Ática. 1999. p. 12.

¹⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.* . p. 198.

cria um perigoso triângulo reprodutivo, ficando bastante minimizada quando a gravidez ocorre dentro do ambiente familiar. Essa relação, quando estabelecida através de interesses econômicos, anula a afetividade e rompe o vínculo familiar, com graves repercussões para o desenvolvimento psíquico da criança.¹⁵⁹

3.4 Desafio ao Aspecto Jurídico

Com os progressos científicos oriundos da biologia, da genética e da técnica aplicada à reprodução permitiram ao homem dominar um setor até então regido pelas leis da natureza: a procriação.¹⁶⁰

E a medida que o desejo de ter filhos se vulgarizou e ficou facilitado pelo aperfeiçoamento de tecnologias e descobertas inusitadas, e o processo se tornou mais complexo e criou uma série de desafios aos estudiosos dos mais diversos campos do conhecimento, como sub produtos preocupantes, esperma, óvulos, embriões, sobre os quais ainda não se definiram os direitos de propriedade.¹⁶¹

E nesse contexto as técnicas de reprodução assistida têm sido relacionadas com a “barriga de aluguel”, ou mãe substituta, ou seja, o aluguel de útero, mas embora tal designação vulgar deva ser atribuída a apenas uma dessas modalidades, qual seja a fertilização *in vitro*, com gestação por mãe de substituição, que é considerada como forma de terapia da infertilidade, embora a rigor não curem, visto que a impossibilidade de ter de ter filhos se mantém, mesmo após seu emprego. Porém, ao se atender ao legítimo desejo humano de procriar, criam alguns conflitos de difícil solução, particularmente de natureza jurídica.¹⁶²

No mesmo sentido, com a preocupação dos desafios jurídicos que o tema encerra, são muitas as questões jurídicas, na propriedade, na entidade familiar, a licitude dos meios, entre outros aspectos que no decorrer do capítulo irão surgir.

A complexidade dos problemas jurídicos parece útil considerar três aspectos das técnicas de reprodução assistida: a não dependência de relação – sexual, o local onde se dá a fertilização e a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica. A reprodução

¹⁵⁹ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWEZ, Severo. *O Direito “in vitro”. Da bioética ao biodeireito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2ªEd. 2001. p. 110.

¹⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 199.

¹⁶¹ *Ibidem* p. 201

¹⁶² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Iniciação à Bioética*. Artigo. 1999. p.121.

humana em tais casos não decorre de contato sexual, embora “sexuada”, já que presentes gametas femininos e masculinos.¹⁶³

Com a participação de terceiro poder ocorrer para fins de gametas ou de aluguel de útero. No que concerne à origem do material fecundante, temos as seguintes possibilidades: a doação do espermatozóide do marido ou de um terceiro, inseminação artificial, ou fertilização *in vitro*, ou a presença de pessoa, nesse caso não é somente a presença de material genético de terceiro, mas sim, a presença de uma pessoa que irá participar da técnica, ou seja, a presença de uma mulher que levará a termo a gestação, denominada mãe de substituição ou mãe gestacional, o que pode ocorrer sejam ou não ambos os gametas do cônjuge ou companheiros.¹⁶⁴

Porém, diante de tanto desafio jurídico, de tantos conflitos, com a intervenção do homem na procriação humana, há uma regularização para que se possa colocar ou iniciar uma perspectiva de solução ou impor limites?

3.4.1 A Única Regulamentação

Todavia, por mais que existam regras e explicações da reprodução humana assistida por mãe substituta, só há uma regularização feita pelo Conselho Federal de Medicina, com a Resolução n. 1.358/92 em norma geral, para fins de seu maior uso e respaldo social.¹⁶⁵

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é a entidade da classe médica que estipula as normas para o exercício médico no país. Entre outras funções, tais como a de julgamento de erros médicos, o CFM estabelece critérios para o que se julga ser o padrão de prática profissional na medicina.¹⁶⁶

O fato do CFM ser a primeira entidade a regulamentar as novas tecnologias reprodutivas no Brasil não é sem justificativa. Por ser o órgão que define o preceitos da ética médica, isto é, as regras de conduta para o exercício da medicina, o CFM adquiriu força a legitimidade sociais muito acima de suas funções técnicas e administrativas. A

¹⁶³ DE SÁ, M^a de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004. p.225.

¹⁶⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro. Del Rey.. 2004.p. 226

¹⁶⁵ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWEZ, Severo. *O Direito “in vitro Da bioética ao biodeireito*. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2^aEd. 2001. p. 105.

¹⁶⁶ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética – Alguns desafios*. São Paulo. Layola.. 2001. p. 208.

responsabilidade pelo código de ética médica lhe conferiu uma suposta autoridade supra moral no campo da ética aplicada à saúde.¹⁶⁷

E no que tange a “barriga de aluguel”, no Brasil, a Resolução CFM nº. 1.358/92 permite a utilização da gravidez de substituição, desde que exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a termo uma gravidez. Todavia, em conformidade internacional, há restrição, no qual a receptora biológica ao ambiente familiar, permitindo que a gestação aconteça dentro da família, criando os laços de afetividade necessários para o desenvolvimento saudável da criança. Mas no mesmo sentido impede qualquer lucratividade comercial na relação estabelecida.¹⁶⁸

Mas partindo da consideração da legitimidade do anseio de se superar a infertilidade, a Resolução reafirma princípios bioéticos como a inviolabilidade e a não comercialização do corpo humano, exige a gratuidade do dom e que a prática da doação de material reprodutivo seja anônima, devendo ainda respeitar o sigilo médico.¹⁶⁹

Conforme se pode comprovar, de acordo com a regulamentação do CFM nº. 1.358/92:

“VI. Sobre a Gestação de Substituição (Doação temporária de útero):

As clínicas, os centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”¹⁷⁰

Porém, diante da regulamentação, há juristas que condenam o conteúdo da mencionada resolução pelo fato de o CFM não ter poderes para “legislar” sobre este assunto, cuja regulamentação demandaria veiculação legal. Alegam, que um contrato que previsse a situação de mãe portadora, e todos os corolários e responsabilidades com relação ao feto e aos

¹⁶⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética – Alguns desafios*. São Paulo. Loyola.. 2001. p. 208. p. 208.

¹⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Iniciação à Bioética* 1999. p.122.

¹⁶⁹ Ibidem. p.123

¹⁷⁰ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo. Loyola. 6ªEd.. p. 492.

pais biológicos, seria nulo de pleno direito, por ser ilícito seu objeto ao “coisificar” um ser humano.¹⁷¹

Mas, todavia, conforme o pensamento do Dr. Petroni:

[...] Independente da legalidade ou não da mencionada resolução, bem agiu o CFM ao regulamentar a atividade médica atinente a esta modalidade de reprodução assistida, a qual, como é cediço, vem ocorrendo de há muito em nossa sociedade e que, por isso mesmo, deve receber, a míngua de enfrentamento legislativo idôneo, tratamento normativo mínimo, nem que seja via resolução do CFM. A mencionada censura à mercantilização e à lucratividade não implica, obviamente, a impossibilidade de reembolso das despesas incorridas pela mãe portadora em decorrência da função altruisticamente exercida.¹⁷²

Diante do pensamento do Dr. Petroni, há que se observar a necessidade de regulamentação do tema, no aspecto de lei, no qual haja legitimidade, dessa forma questiona-se: Seria possível fazer uma legislação que acompanhasse as necessidades humanas no ritmo das mudanças que operavam?

Para uma lei ser publicada no Brasil é necessário um trâmite burocrático tão grande que faz com que, ao nascer, já seja considerada velha e ultrapassada, pois as evoluções sociais e tecnológicas não acompanham a morosidade da feitura das leis.¹⁷³

3.4.2 A *Lacuna Jurídica*

Devido a fatos concretos relacionados à inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a barriga de aluguel surgem no mundo jurídico situações inusitadas que trazem a necessidade de sanar lacunas legais ainda não supridas pelo nosso legislador.¹⁷⁴

E em face da carência de legislação específica o brocardo jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido e mais a evolução tecnológica que hoje integra o nosso cotidiano, fazem que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida, sem que nenhum controle governamental se faça valer.¹⁷⁵

¹⁷¹ PETRONI, João Guilherme Monteiro. *Reprodução Assistida: a Chamada “Barriga de Aluguel”*. Revista. RDF n. 55 – Agosto – Set/2009. p. 27.

¹⁷² *Ibidem*. p. 27.

¹⁷³ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos de reprodução humana assistida*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

¹⁷⁴ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Os efeitos jurídicos do salário – maternidade na barriga de aluguel*. São Paulo Revista de Previdência Social.. Nº. 291. Fevereiro, 2005. p. 73.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 73.

Não somente a ausência desse controle, um outro exemplo de carência legal, onde nosso Código Civil já nasceu ultrapassado e carente de reformas, antes mesmo de ser publicado. Vários temas hoje presentes em nosso cotidiano sequer foram esclarecidos ou abarcados pelo Novo Código, tais como inseminação artificial, clonagem, eugenia, uniões homoafetivas e outros de relevante importância.¹⁷⁶

De tal forma que a legislação é omissa, isto é, simplesmente ignora o assunto. O Código Civil em vigor não o previu, nem o Código Penal, no que tange a comercialização do aluguel de útero.

Todavia, por mais que se tenha a Resolução nº. 1.358/92 do CFM que regulamenta as técnicas de Reprodução Humana Assistida, e proíbe a comercialização, ainda há uma lacuna jurídica, uma vez que a Resolução do CFM não tem força de lei, dessa forma, o aluguel de útero fica totalmente desolado com o comércio e negociação de bebês. E claro, não tendo lei que proíba a comercialização da “barriga de aluguel”, não há como punir quem faz por negócio.

A locação de útero apresenta-se como uma prestação de serviço de gestação, por intermédio do qual a gestante, por documento escrito, garante o direito de filiação ao casal contratante. Mas no âmbito jurídico isso não é permitido, ou melhor, não é previsto.

Existe um limite “implícito”, no texto constitucional, que proíbe o aluguel de útero por força da vedação da comercialização de partes do corpo humano, no art. 199, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal.¹⁷⁷

Destarte, conforme já dito anteriormente, o Conselho Federal de Medicina defende a contratação à título gratuito, sendo que a doadora do útero tenha que ter parentesco até segundo grau.

Nesta matéria de controle destaca-se o Princípio da Gratuidade, pois descabida é a aceitação da locação do útero, vedada constitucionalmente à comercialização dos bens que compõem o corpo, motivo que diz ser errônea a nomenclatura de “barriga de aluguel”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ PETRONI, João Guilherme Monteiro. *Reprodução Assistida: a Chamada “Barriga de Aluguel”*. Revista. RDF n. 55 – Agosto – Set/2009. p. 27.

¹⁷⁷ FERNANDES, Silvia Regina Stefanini. *Reprodução Humana Assistida: Um enfoque Jurídico*. Revista Jurídica. Nº5. 2002. p.246.

¹⁷⁸ SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWEZ, Severo. *O Direito in vitro - Da bioética ao biodeireito*. Rio de Janeiro Lumen Juris. 2ªEd 2001. p. 105.

Contrários, também à comercialização do útero, Regina Fiuza e Severo Hryniewicz:

[...] quando dizem que as Constituições, em geral, em seus princípios fundamentais, proclamam que a nação tem como um de seus fundamentos “Dignidade da Pessoa Humana”. Esta pode ser expressa através de sua inalienabilidade.¹⁷⁹

Ao adentrar a lacuna na esfera civil, a Professora Titular de Direito Civil da PUC/PR, Jussara Maria Leal de Meirelles, apresentou o Enunciado nº 257 referente ao artigo 1.597 do Código Civil, aprovado na 3ª Jornada de Direito Civil, que assim dispõe:

[...] As expressões “fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doadores e a gestação de substituição.¹⁸⁰

Diante disso, mais uma vez a questão da maternidade de substituição ficou sem solução jurídica, pois a referida interpretação prega que não se faz presumir como concebido na constância do casamento os filhos havidos da prática de fertilização heteróloga – gestação de substituição. Ora, não se pode esquecer nesta hipótese a possibilidade da paternidade ser certa, nos casos em que o doador do esperma, em regra, é o marido da mulher infértil.¹⁸¹

Então, a respeito do Direito de Família, no que concerne a prática da maternidade de substituição por um casal, há questionamentos que deixam pairar a dúvida jurídica quanto à maternidade, quanto ao direito de poder legítimo maternal.

Quanto ao desafio ao aspecto jurídico há lacunas nas principais esferas do Direito, necessitando todos de uma reforma para a regularização da reprodução assistida.

¹⁷⁹ MENDES. Christiane Keler de Lima Mendes. *Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização In Vitro Heteróloga*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Outubro 2007. p. 42.

¹⁸⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Lea de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro. Renovar.. 2000. p.338.

¹⁸¹ MENDES. Christiane Keler de Lima Mendes. *op.cit.* p. 47.

3.4.3 Conseqüências no mundo jurídico.

3.4.3.1 Aos Vínculos de Filiação

Em se tratando de família, o principal vínculo que pode estabelecer no Direito de Família é a relação de parentesco entre pais e filhos, também chamada de filiação.

¹⁸²

Mas para definirmos o direito de filiação, é preciso entender que a filiação pode ser estabelecida pelo parentesco por consangüinidade (natural), que corresponde ao vínculo entre mãe/pai ascendente e filho descendente. Como também pode ser estabelecida por parentesco civil, num processo de adoção. Muito embora, há essas formas de filiação, hoje devemos ter em mente a doutrina e a jurisprudência consagram, além da filiação biológica, a filiação afetiva, também chamada socioafetiva.¹⁸³

O artigo 1.593 do Código Civil dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem. Quando se fala em prática de maternidade de substituição, fala-se em plena desestruturação dos conceitos de filiação, porquanto que esse processo permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar: conceber, gerar e ser mãe.¹⁸⁴

No caso da “barriga de aluguel”, que envolve duas mães, uma biológica que viabiliza seu óvulo para a concepção e outra que disponibiliza seu útero, mesmo que temporariamente, para a geração e gestação de uma criança, são constantes indagações de ordem ética, moral e, principalmente, sobre como se estabelecer a filiação.¹⁸⁵

Mas, a legislação brasileira determina a maternidade pela gestação de parto, no qual pode –se conferir no artigo 7º da Constituição Federal e o Artigo 242 do Código Penal. Trazendo uma contradição, neste aspecto, mesmo que implícita, pois filho é aquele gerado por mulher.¹⁸⁶

¹⁸² MENDES. Christiane Keler de Lima Mendes. *Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização In Vitro Heterologa*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Outubro 2007. p. 50.

¹⁸³ DE SÁ, M^a de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey.. 2004. p.254.

¹⁸⁴ FERNANDES, Silvia Regina Stefanini. *Reprodução Humana Assistida: Um enfoque Jurídico*. Revista Jurídica. N°5. 2002. p.248.

¹⁸⁵ DE SÁ, M^a de Fátima Freire.NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *op.cit.* p.254.

¹⁸⁶ MENDES. Christiane Keler de Lima Mendes. *op.cit.* p. 47.

Porém, contudo, para se definir o direito de filiação é oportuno lembrar que atualmente a doutrina e a jurisprudência aplicam na determinação da maternidade e paternidade, além da filiação biológica, a filiação afetiva ou socioafetiva.¹⁸⁷

3.4.3.2 Presunção *mater semper certa*

A presunção de maternidade deriva da máxima romana *mater semper certa* e encontra-se presente no Direito nacional, como conseqüência inevitável de sua origem romano - germânica. Essa presunção significava que a maternidade, como fato biológico notório, estava a salvo de contestação. Todavia, a presunção, ora princípio, *mater semper certa* (A mãe é sempre certa), tem hoje outro sentido, no qual presume ser a mãe a mulher cujo nome consta no registro de nascimento. Mas é possível, devido às conquistas da ciência médica, com a reprodução humana assistida, com o aluguel de útero, ensejando duas espécies de mãe: a mãe biológica, que fornece o óvulo para a fecundação, e a mãe gestacional, que desenvolve a gestação.¹⁸⁸

Mas, segundo alguns doutrinadores, a problemática se torna maior quando o conflito é negativo, ou seja, o desinteresse das duas mães na maternidade, pois a ausência de interesse de qualquer das partes levará à necessidade de, inicialmente, atribuí- se a guarda da criança a uma terceira pessoa, enquanto aguarda-se a decisão judicial da maternidade.¹⁸⁹

Dessa forma, o princípio ou presunção da *mater semper certa* ficou abalado. Pois, passou-se a permitir, a priori, que *partus sequitur ventrem*, ou seja, maternidade se determina pelo parto da mulher que deu à luz.¹⁹⁰

Mas com o surgimento da Reprodução Humana Assistida e o uso da mãe substituta, a presunção *mater semper certa*, foi colocado em dúvida. Essa dúvida está no sentido de que hoje a maternidade encontra-se em dois aspectos distintos – a mãe biológica e a mãe fraternal, os quais merecem apreciação sob o direito vigente.¹⁹¹

¹⁸⁷ MENDES, Christiane Keler de Lima Mendes. *Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização In Vitro Heterologa*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Outubro 2007. p. 48.

¹⁸⁸ DE SÁ, M^a de Fátima Freire. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey.. 2004. p.254.

¹⁸⁹ FERNANDES, Silvia Regina Stefanini. *Reprodução Humana Assistida: Um enfoque Jurídico*. Revista Jurídica. N^o5. 2002. p.51.

¹⁹⁰ Ibidem. p.248.

¹⁹¹ CANÇÃO NOVA. *Conflitos Jurídicos na Reprodução Humana Assistida*. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php>>. Acesso em 14. mar..2011

O desafio jurídico gera quando surgem os conflitos negativos e positivos. No conflito positivo, tanto a mãe biológica, tanto a mãe gestacional, se dizem mães da mesma criança. Já no conflito negativo, nenhuma delas tem interesse na maternidade.¹⁹²

Segundo alguns doutrinadores, a problemática se torna maior quando o conflito é negativo, ou seja, o desinteresse das duas mães na maternidade, pois a ausência de interesse de qualquer das partes levará à necessidade de, inicialmente, atribuí-se a guarda da criança a uma terceira pessoa, enquanto aguarda-se a decisão judicial da maternidade.¹⁹³

Mas, não menos desafiador, seria decidir a guarda da criança no conflito positivo, tendo em vista que além de fornecer o elemento gerador, o óvulo, passa nove meses alimentando o desejo da maternidade, aonde algumas chegam a desenvolver todos os sintomas de uma gravidez, a gravidez psicológica.¹⁹⁴

Porém, de outro lado a mãe gestacional, que emprega suas energias físicas e psíquicas na formação de um novo ser e, por nove meses, passa a nutri-lo com seu próprio sangue, sujeitando-se aos riscos e desconfortos da gravidez e do parto. Como decidir questão que envolve direitos fundamentais contrapostos?¹⁹⁵

Diante desse conflito, quando a mãe biológica pleiteia ação de investigação de maternidade, com a finalidade de comprovar que a mãe portadora não tem qualquer vínculo biológico com o recém – nascido. E nesse caso em virtude de um exame de DNA, restaria comprovado que a criança está geneticamente ligada à mãe que cedeu o óvulo.¹⁹⁶

Com esses conflitos cresce na doutrina e em recentes decisões judiciais um entendimento que, nos casos em que haja inseminação artificial heteróloga, com o uso de mãe portadora, a mãe biológica que estará legitimamente filiada a aquela criança. Pois esse entendimento da doutrina, acredita que a mãe substituta é apenas da hospedeira daquele ser gerado sem a contribuição de suas células germinativas e que se engravidou apenas para ajudar na concepção do filho de outrem.¹⁹⁷

¹⁹² DE SÁ, M^a de Fátima Freire.NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey.. 2004. p.254.

¹⁹³ FERNANDES, Silvia Regina Stefanini. *Reprodução Humana Assistida: Um enfoque Jurídico*. Revista Jurídica. Nº5. 2002. p.50.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 51.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Lea de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro Renovar.. 2000. p.338.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Os efeitos Jurídicos do salário – maternidade na Barriga de aluguel*. Revista de Previdência Social. Nº. 291. Fevereiro.2005. p. 290.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 291.

Existe outro ponto importante que é levantado pelos aspectos da filiação afetiva. Eles pregam que, independente da origem biológica ou da gestação, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a estranhos para que sua vontade fosse satisfeita.¹⁹⁸

Desse ponto de vista, passa-se a questionar a verdade que o direito positivo, baseado em construções jurídicas abstratas, permite estabelecer: a verdade biológica, aquela relacionada com os laços de sangue? Ou a verdade afetiva, a que corresponde a maternidade vivida?¹⁹⁹

Quanto ao direito de filiação para Eduardo Leite:

[...] O direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida. O direito não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança.²⁰⁰

Diante dessas relações socioafetivas, não poder referir a maternidade somente biológica, pois o Direito de Família tem como elemento as relações humanas.²⁰¹

Logo é fundamental que se situe os papéis respectivos da verdade biológica (que é uma verdade objetiva) e da verdade sentimental, baseada na vontade (que é uma verdade subjetiva) no estabelecimento da filiação. Ou melhor, até que ponto estes vínculos (ou verdades) coincidem com o vínculo jurídico.²⁰²

Esses vínculos deveriam ser pertinentes à determinação da maternidade (gestacional ou biológica), estabelecendo, por ora que a melhor maternidade é que proporcionará uma melhor vida à criança, priorizando, desta forma, o direito da criança de ser criada com as melhores condições possíveis, haja vista ser este o ônus que as mães devem suportar, por serem capazes e proporcionalmente responsáveis pelo nascimento da mesma.²⁰³

¹⁹⁸CANÇÃO NOVA. *Conflitos Jurídicos na Reprodução Humana Assistida*. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php>> Acesso em 14 mar.2011.

¹⁹⁹MENDES, Christiane Keler de Lima Mendes. *Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização In Vitro Heterologa*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Outubro 2007. p. 50.

²⁰⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 203.

²⁰¹MENDES. Christiane Keler de Lima Mendes. *ob cit.* p. 51.

²⁰²LEITE, Eduardo de Oliveira. *op.cit.* p. 204.

²⁰³Ibidem. p. 205.

3.4.4 Contratando a “Barriga de aluguel”

O desejo de ser mãe vem trazendo o desespero de algumas mulheres que não podem ter filhos, e nesse desespero para a ética vem trazendo uma solução imoral, quando falamos em contratar uma terceira pessoa para gerar um filho tão desejado.

Algumas mulheres estéreis contratam hoje uma mulher fértil para que ela lhe gere um filho por procuração. O esperma de seu esposo é usado para inseminar artificialmente a mulher alugada, que concorda em gerar um filho e entregá-lo ao nascer. E segundo algumas notícias a remuneração da “barriga de aluguel”, está entre R\$ 30.000,00 e 50.000,00.²⁰⁴

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina proíbe a remuneração e a comercialização da “barriga de aluguel”, autorizando somente o aluguel se a cedente for da família até segundo grau. O contrato realizado entre o casal interessado na criança e o “útero contratado”, acaba trazendo um vínculo lucrativo, a negociação de um ser humano. O único valor que a o casal deve pagar é o custeio do acompanhamento médico da “barriga” alugada.²⁰⁵

Essa resolução do CFM restringe a mãe de substituição ao âmbito familiar objetivando vetar a comercialização da prática, ou seja, a barriga de aluguel. Destarte, entende-se que a barriga de aluguel caracteriza uma espécie de comércio, mais especificamente um negócio, o qual é explicitamente vetado no texto constitucional:

“Outros argumentos usados contra a admissibilidade de um contrato:

§ As mulheres de classe econômica inferior seriam estimuladas a gerar filhos com finalidade comercial;

§ Segundo o art. 199, § 4º da Constituição Federal, constitui ato ilícito a comercialização de órgãos. A aquisição/ disponibilização deve ser realizada a título gratuito;

§ Mesmo com a garantia de pagamento, é real a possibilidade da mulher que se dispõe a gerar um bebê nessa condição criar laços afetivos com a criança; a separação da criança pode levar a mãe natural ao consumo de drogas, álcool e tabaco.

Pode-se concluir que o emprego da técnica de doação temporária de útero mediante pagamento mostra-se inviável, tanto sob o aspecto jurídico quanto sob o aspecto social.

¶ A invalidade do contrato gratuito:

Nos contratos gratuitos não há intuito lucrativo e a intenção das partes, geralmente parentes, é cândida. Ou seja, a elaboração de um contrato seria

²⁰⁴ VARGA, Andrew C. *Problemas de Bioética*. Edição Revisada. Unisinos. 2008. p. 93.

²⁰⁵ DE SÁ, Mª de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey.. 2004. p.254.

desnecessário ? Vejamos alguns argumentos a favor e contra esse procedimento:

§ O direito constitucional de constituir família. Resta saber se isso lhes dá a faculdade de recorrerem a meios de reprodução assistida.

§ Se uma mulher pode ceder seu filho para ser adotado. Por que não programar uma gravidez, para cedê-lo posteriormente a outrem.²⁰⁶

Todavia, não é o que pensa Eduardo Leite:

[...] a barriga de aluguel não está incluída no referido dispositivo constitucional, tendo em vista que o procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa. “Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas”. Ele afirma que se não há locação, afasta-se a hipótese de contrato.²⁰⁷

Dessa forma, com entendimento de Eduardo Leite, há de concordamos que independente de aluguel de útero remunerado ou comercializado, deverá ter um contrato definindo certas regulamentações e obrigações.

3.4.5 Decisões Judiciais quanto à “Barriga de Aluguel”

Em meados do ano de 2005, houve um julgamento no Fórum de Nova Lima/MG:

[...] no qual autorizou o registro de nascimento de uma menina que foi gerada pela avó paterna, por meio da inseminação artificial através da técnica de útero de substituição (barriga de aluguel). Nesse caso a mãe biológica era impossibilitada de dar à luz, e acabou recorrendo à inseminação artificial. A avó paterna, após a autorização do Conselho Federal de Medicina, recebeu o óvulo fecundado e deu a luz a sua “neta”. E no hospital constava que sua neta, era sua filha, causando problemas para pai na hora de registrar a criança.

E até a decisão judicial a criança tinha sido registrada por não ter sido comprovada quem era a verdadeira mãe biológica. Sendo assim, com base em um exame de DNA, o magistrado acabou aceitando que a maternidade seria concedida a mãe biológica e não a avó.²⁰⁸

Porém, tanto a avó quanto a mãe da criança tiveram direito à licença – maternidade. Neste mérito, solucionada a questão civil referente à filiação.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma (duas) – o contrato de gestação*. Artigo. Coimbra; 1992. p. 30.

²⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais..2005 p. 203.

²⁰⁸ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Os efeitos Jurídicos do salário – maternidade na Barriga de aluguel*. Revista de Previdência Social. Nº. 291. Fevereiro.2005. p. 291.

Todavia, entretanto, esse caso foi de fácil e simples solução, pois o conflito não foi entre as suas mães, ou melhor, a avó e mãe, e sim com o convencimento do juiz, a avó neste caso, não litigava pela maternidade da criança. O problema jurídico existe quando há o conflito positivo, quando a mãe gestacional e a mãe biológica, litigam a maternidade.

Um caso mais recente e popular teve notícia no aqui no Brasil, no ano de 2008, onde a atriz americana Sarah Jessica Parker de 44 anos e seu marido Matthew Broderick, anunciaram que iriam realizar o processo de “barriga de aluguel”, através da reprodução assistida, depois de muitas tentativas frustradas na segunda gravidez.

Logo diante da situação concreta, Erickson Gavazza Marques, desembargador e doutor em Biotecnologia, manifestou-se dizendo que o termo popular é equivocado:

“A doadora do útero não pode receber qualquer tipo de remuneração por isso”, afirma. O casal doador do material genético deve apenas arcar com as despesas médicas da grávida.²⁰⁹

E de acordo com o desembargador Gavazza sobre o assunto:

[...] a lei brasileira não diz nada sobre o tema. “O que temos é uma resolução feita pelo Conselho Federal de Medicina”, afirma. A norma, diz Gavazza, se restringe à atividade médica, mas na ausência de outras leis, é usada como orientação também para profissionais da justiça. “Os juízes não precisam ter especialização no assunto. Por isso normalmente se invoca a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Para coibir a comercialização. Caso não haja o vínculo familiar, é preciso pedir autorização para o Conselho Federal de Medicina.²¹⁰

E nesse caso, se a doadora do útero, desistir de entregar a criança e quiser ficar com ela? Nesse caso diante, da carência de legislação, a Advogada Estela Franco explica:

“que numa situação assim, é provável que a maternidade seja atribuída à mãe genética e não à que gerou o feto. No entanto, a decisão pode variar de acordo com o caso. “O Direito brasileiro não está pronto para muitas dessas situações. Elas vão além da questão de interesse das partes”.²¹¹

Todavia, existe uma outra possibilidade que também é chamada de “barriga de aluguel”: quando um casal decide ficar com o filho de terceiros enquanto ele ainda está sendo gerado. A Advogada Estela Franco explica:

²⁰⁹ COMACHIONE, Daniella. *Sua Gravidez – Reprodução Assistida*. Crescer Notícia. Artigo. p. 03

²¹⁰ *Ibidem*. p.03.

²¹¹ *Ibidem*. p.04.

“que apesar de acontecer no Brasil, a situação também não é contemplada pela lei. “Nesse caso, o mais certo seria que a criança fosse entregue à doação só depois de nascer”.²¹²

Ademais, para o juiz dirimir essas questões conflitantes, uma vez que não há legislação que a regule, o mesmo deve buscar acima de qualquer aspecto e circunstância, os direitos da criança, assegurando seus interesses. Buscando um meio de balancear os aspectos éticos, morais, religiosos juntamente com os aspectos psicológicos da criança e dos outros interessados na esfera do aspecto jurídico. Pois na há carência somente no aspecto jurídico, e sim em todos os aspectos citados, uma vez que todos englobam os conflitos da bioética.

²¹² COMACHIONE, Daniella. *Sua Gravidez – Reprodução Assistida*. Crescer Notícia. Artigo. p.04.

CONCLUSÃO

O presente estudo acadêmico iniciou-se com a bioética e seus princípios, no qual abordou o impacto da tecnologia na vida e na saúde humana. A bioética caracteriza-se por provocar sentimentos contraditórios nas pessoas que dela se aproximam. Mas isso acontece porque a análise detalhada dos temas que a bioética aborda são provocativos, como o tema em questão “Barriga de aluguel”, uma questão que desperta polêmica em todo o mundo justamente por não existir consenso em relação ao tema.

Esse estudo acadêmico tentou explicar e entender os sentimentos de fascínio e repulsos ocasionados pelo agir bioético. Esse agir no presente estudo se dividiu em aspectos, como Éticos, Morais, Psicológicos e Jurídicos.

O agir do aspecto médico, iniciou-se com procedimentos de pesquisas, com a finalidade de descobrir soluções para os defeitos de fertilização, ou seja, para pessoas estéreis, trazendo consigo a busca da realização de sonhos ao tentar concretizar uma família, com o nascimento de uma criança.

Porém ao realizar os procedimentos cabíveis para Reprodução Humana Assistida, entendemos que o médico tem alguns papéis os quais estão previstos no Código de ética e a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta as hipóteses e de quais maneiras podem ser feita a técnica *in vitro*, ou seja, mãe substituta (“barriga de aluguel”). Na resolução do Conselho Federal de Medicina existem regras e normas que devem ser respeitadas, no qual prevê que a gravidez de substituição seja feita apenas entre pessoas com parentesco até segundo grau, desde que não envolva dinheiro.

Todavia, por mais que se tenha essa regulamentação do Conselho Federal de Medicina, o médico ao realizar os procedimentos da RHA, não irá estender sua responsabilidade nos conflitos que surgiram após o procedimento, sejam psicológicos, jurídicos ou morais, uma vez que para a ética médica, a moral está nos limites elencados na Resolução Federal de Medicina, que determina que as técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes. Elas

podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

No agir do aspecto psicológico, a discussão permanecerá no envolvimento emocional, uma vez que é sabido que durante a gestação, aspectos psicológicos da gestante são, sim, transmitidos para a criança, mesmo que ela não seja geneticamente sua filha. Sem contar os sentimentos que são tomados pela mãe de aluguel, no período da gestação, surgindo assim, novos conflitos.

O envolvimento psicológico não para por aí, pois além dos sentimentos maternos tomados pela mãe de aluguel durante a gestação, o casal estéril que a contratou são tomados por outros sentimentos, como a expectativa da chegada do filho tão desejado, gerando assim, uma ansiedade, podendo a mãe genética diante de tanta expectativa e ansiedade, sustentar uma gravidez psicológica, no qual mesmo não estando ligada diretamente à criança, ela está alimentando um sentimento de amor maternal.

Todavia, a busca de um sonho que está perto de se realizar pode desmoronar, quando a mãe de aluguel, ou mãe substituta, passa a reivindicar a maternidade da criança gerada. Ao entender esse lado, indaga-se, como pode uma mulher carregar um ser durante nove meses, alimentando-o através de seu corpo, e não sentir amor? A mãe já é mãe antes de dar a luz, uma vez que os laços familiares e afetivos podem surgir na gestação.

De toda forma, essa questão é atípica, pois pode acontecer da mãe substituta usar o procedimento apenas para meios de comercialização, pois seu único interesse é financeiro, tratando desde a gestação desde o início como um negócio.

Em tese, com esse pensamento, adentramos ao agir moral e ético, até que ponto para se ter um filho é ético e moral? Ao aspecto moral e ético, a maternidade de substituição não é eticamente admissível, tendo em vista que o aluguel de útero passa a ter um sentido comercial, no qual corta radicalmente os laços íntimos de comunicação entre a gestante e o feto.

Dessa forma, autores, como por exemplo, Leocir Pessini, acreditam que a “barriga de aluguel” é imoral e ilícita, tendo em vista que é contrária à unidade do matrimônio à dignidade da pessoa humana, tendo como vocação e direito os pais terem filhos através do matrimônio e pelo matrimônio. Ao princípio da dignidade da pessoa humana está diante do aspecto moral e ético, uma vez que o homem não pode ser tratado como “coisa”. Diante, disso a barriga de aluguel, ou seja, o aluguel de útero, por estar sendo utilizado hoje em dia como

meio de comércio traz um grande perigo de coisificação do ser humano violando a dignidade da pessoa humana.

O agir do aspecto jurídico visa demonstrar a importância da justiça nos conflitos encontrados nas técnicas de Reprodução Humana Assistida, mais especificamente, a “barriga de aluguel”, uma vez que no Brasil não há uma legislação que a normatize ou regule.

Essa lacuna jurídica brasileira abre um leque de questões conflituosas de difíceis soluções. No qual se refere a filiação, no caso em questão da “barriga de aluguel”, como visto no Capítulo terceiro, o conflito positivo, onde a maternidade é litigada pela mãe gestacional e pela mãe biológica.

E determinar esse conflito da maternidade das mães, seja a biológica que espera esse filho até mesmo antes da concepção, seja a mãe gestacional, que desenvolve uma ligação única de afeto com o bebê em seu ventre. Podendo, então, diante desses conflitos se deparar com uma decisão injusta e até mesmo censurável, com tamanha subjetividade da questão como também pelo impacto emocional causado à parte que vê seu direito de ser mãe cerceado.

Muitas dessas decisões são feitas de forma injusta, devido à lacuna jurídica que o direito brasileiro exerce, pois nada fala nosso Código Civil sobre a mãe substituta, no que diz respeito à filiação, ou ao contrato. Nosso código penal Brasileiro, no artigo 242 prevê pena de até 6 anos de reclusão para quem registra o filho de outra pessoa. Mas aí cabe uma longa discussão para o entendimento de saber quem de fato é a mãe da criança, uma vez que isso envolve o doador do sêmen, o óvulo e a mulher que gerou a criança. Sendo inerte com a questão da comercialização de útero, no que tange a “barriga de aluguel”.

O direito brasileiro é omissivo, tendo somente a Resolução n. 1.358/92 do CFM, no qual regula somente as técnicas de Reprodução Assistida, pois para solucionar um conflito judicial não tem sua garantia, uma vez que a resolução não tem força de lei para regulamentar e solucionar os conflitos resultantes dessa lacuna.

Porém, há de se observar que diante de tantos conflitos, cada um tem um pensamento, ou um entendimento diferenciado. A ética e a moral estão presentes em cada aspecto exposto, ou seja, para o aspecto médico, não há imoralidade quando o estudo e a pesquisa são realizadas para ajudar de alguma forma pessoas a realizar o sonho de ter uma família e a ética, para o aspecto médico, é tornar possível esse sonho.

Todavia, para o Professor Diaulas Ribeiro, o titular da Promotoria de Defesa dos Usuários de Serviços de Saúde, a falta de uma legislação específica sobre o assunto dificulta uma fiscalização mais rigorosa. Atualmente, está parado na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 90, de 1999, que cria regras para os procedimentos de reprodução assistida no Brasil. Um dos parágrafos regulamenta a gestação de substituição, em que uma mulher se submeta a uma inseminação artificial com o objetivo de gerar uma criança para outra mulher que comprovadamente não possa ter filhos. "

Entretanto, com a falta de uma legislação específica, as pessoas tendem seguir caminhos contrários a ética e o lícito, como a comercialização.

Mas podemos entender, que nem sempre tudo que é lícito é ético ou moral, isso no que tange ao aspecto religioso, pois de forma alguma aceita a “barriga de aluguel”. Então, por mais que a mãe por substituição seja regulamentada pelo nosso direito brasileiro, seja lícita, ela jamais será ética ou moralmente vista por alguns aspectos, pois a moral e a ética são individuais, onde nem tudo que é certo e ético para um, é ético e moral para outros.

Mas como diz a Professora de Bioética Déborah Diniz, sobre o assunto no que tange a maternidade é delicado, pois ocupa um lugar central na vida das mulheres e não é difícil explicar quando alguém resolve adotar a prática da barriga de aluguel. A mercantilização do corpo é um tema delicado do ponto de vista ético. De um lado, há um mercado perverso, em que quem geralmente vende são mulheres pobres ou vulneráveis à exploração e, de outro, quem compra são mulheres desesperadas por um filho e, regra geral, com problemas de infertilidade involuntária.

Por fim, podemos concluir que sem dúvida a bioética não deve nem pode ignorar o processo legislativo em curso nessa área. Mas um contexto complexo como este, implicando sexualidade, reprodução, família, casamento, futuras gerações e o próprio conceito de vida, traz desafios permanentes, e que se renovam para o debate sobre ética, ciência e política, bem como para reflexão bioética de modo geral, que deve manter-se aberta e permeável as vozes ativas no campo da reprodução humana.

Portanto, cabe-nos aceitar o desenvolvimento tecnológico e enfrentá-lo ao mesmo tempo, deixando de lado respostas imediatas e simplistas de aprovação ou reprovação, mas buscando articular uma permanente discussão sobre os desejos e poderes nas relações de gênero focalizando as estruturas jurídicas, antropológicas e psicológicas da maternidade que respeitem à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon. “*Bioética e Biodireito*”. Lumens Juris. Rio de Janeiro. 2001;
- ARCHER, Luís, BISCAIA, Jorge, OSSWALD, Walter, RENAUD, Michel. “*Novos desafios à Bioética*”. Porto. 2001;
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro. Del Rey. 2004;
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, PESSINI, Léo. “*Problemas atuais de bioética*”. Layola, São Paulo. 1991;
- BERLINGUER, Giovanni. GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. UNB. 2001;
- BERNARD, Jean. “*A Bioética*”. Ática. 1998;
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. São Paulo. Renovar. 2003;
- BUGLIONE, Samantha. *Direito, Ética e Bioética*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010;
- CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito*. São Paulo. Edicamp. 2006;
- CANÇÃO NOVA. *Conflitos Jurídicos na Reprodução Humana Assistida*. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php>> Acesso em 14 mar.2011;
- COMACHIONE, Daniella. *Sua Gravidez – Reprodução Assistida*. Artigo. Crescer Notícia. 2009;
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Artigo. *Iniciação à Bioética*. 1999;
- DE SÁ, M^a de Fátima Freire. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004;
- DINIZ, Débora. *Admirável Nova Genética – Bioética e Sociedade*. Letras Livres. 2009;
- FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte. Mandamentos. 2003;
- FERNANDES, Silvia Regina Stefanini. *Reprodução Humana Assistida: Um enfoque Jurídico*. Revista Jurídica. Nº5. 2002;
- FERREIRA, Amauri Carlos. *Ensino Religioso nas Fronteiras da Ética*. Petrópolis Vozes. 2000;

GLEZERMAN, Marck. *Inseminação Artificial*. In. Insler e Lunenfeld, 2006;

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995;

STEDMAN, Thomas Lathop. *Dicionário Médico*. Rio de Janeiro. Trad. Cláudia Lúcia Caetano Araújo, 25ª Ed, Guanabara Koogan. 1998;

VAGA. Andrew. *Problemas de Bioética*. São Leopoldo. Unisinos. 2008;